



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA**

**“RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LOS ADMINISTRADORES
DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR”**

KAREN LUCILA GONZÁLEZ LOOR

DIRECTOR: DR. JULIO MICHELENA

QUITO, 2014

Quito, 04 junio del 2014.

Señor Doctor
Santiago Guarderas
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.
Presente.-

Mediante oficio No. 167-SJG-14 de fecha 28 de abril del 2014, he sido designada Profesora informante de la Disertación Intitulada **"RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR"** elaborada por la señorita **KAREN GONZÁLEZ LOOR**, dentro del trámite de titulación y previo a la obtención del título de Abogada.

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

El tema desarrollado por la tesista analiza la situación de las Empresas Públicas, que en nuestro país han alcanzado un desarrollo importante.

El Estado, al haber asumido actividades que son propias del sector privado, necesita una legislación que permita optimizar su desenvolvimiento; sin embargo, la aplicación de normas que proceden de distintos cuerpos legales y que incluso se contradicen en algunos casos, requieren una adecuada armonización.

La tesista en el desarrollo de su trabajo, a más de evidenciarnos la evolución que ha tenido históricamente esta clase de empresas, analiza, de manera pormenorizada, las regulaciones que las afectan, particularmente en lo atinente al régimen jurídico laboral de los administradores de dichas empresas, poniendo especial énfasis en las figuras del Gerente General y Presidente del Directorio.

Destaca también en su tesis un estudio comparado con las legislaciones de México, Chile, Colombia y Argentina, evidenciando sus particularidades y fortalezas.

Cabe destacar que, luego de este análisis, la tesista nos presenta importantes recomendaciones que podrían ser tomadas en cuenta para la adecuada regulación de las Empresas Públicas.

Creo que el tema es interesante y ha sido desarrollado de una manera prolija, tanto en la investigación, como en el aporte de la tesista.

Por lo expuesto me permito consignar la nota de **10**.

Atentamente,



Dra. Ximena Moreno de Solines

Recibido 4/06/14

Dr. Juan Páez Parral
Abogado

Quito, 21 de mayo de 2014

Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia
PUCE
Ciudad

De mi consideración:

En atención y respuesta a su oficio No. 167-SGJ-14 de 28 de abril de 2014, con el que me envió la Disertación intitulada **REGIMEN JURÍDICO LABORAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR**, elaborada por la señorita **KAREN GONZÁLEZ LOOR**, a fin de que emita un informe cualitativo y cuantitativo del trabajo realizado, y una vez que he revisado el documento, formulo los siguientes comentarios y observaciones:

En términos generales considero que el trabajo elaborado por la ponente, es de interés, actualidad y que el análisis efectuado es bastante completo ya que cubre satisfactoriamente todos los aspectos que rodean al régimen de las empresas públicas, dentro de la legislación vigente en el Ecuador y particularmente en lo relacionado con el vínculo laboral de sus dependientes y administradores.

El trabajo se encuentra estructurado en cuatro capítulos, siendo el primero una aproximación al concepto, caracteres, formas de creación, clases, estructura y finalidades de las empresas públicas en el Ecuador. Este capítulo agota razonablemente todos los análisis posibles, sobre los temas enunciados.

El segundo capítulo, que se refiere al régimen jurídico aplicable en el aspecto laboral para este tipo de empresas, contiene un análisis de la problemática propuesta, así como varios juicios de valor emitidos por la ponente sobre los temas tratados, los que serán oportunamente confrontados en el acto de la defensa de tesis. Este capítulo considero puede resultar conflictivo, ya que en la normativa aplicable, existen contradicciones y vacíos que son expresados de manera relativamente clara por la tesista.

En el capítulo tercero consta un análisis, ahora si aplicable al tema central de la tesina, que se refiere al régimen legal laboral al que se encuentran sometidos los administradores de las empresas públicas, de conformidad con la legislación vigente, en el que la ponente estudia todos los temas aplicables a esta relación, que por su propia naturaleza, también adolece de contradicciones y vacíos. Este capítulo termina con un análisis de la legislación comparada de varios países de Latinoamérica, que si bien es cierto, no aporta en mucho al fondo del tema que se pretende tratar, si demuestra el interés de la estudiante por la materia objeto de su estudio.

Av. Amazonas No. 477 y Roca - Piso 9, Oficina 908
Telfs: 2224963 - 2520629

Correo electrónico: jpaez@jppabogados.com
Página Web: www.jppabogados.com

Quito - Ecuador

Dr. Juan Páez Parral
Abogado

Finalmente en el capítulo cuarto encontramos las conclusiones y recomendaciones que la ponente sostiene, las que considero válidas en términos generales, a pesar que existen varios temas y aspectos que serán discutidos con la estudiante, en su debida oportunidad.

La estudiante hace constar al final de su trabajo una amplísima bibliografía, que se justifica en un trabajo de esta naturaleza, cuyas complejidades radican en el concepto propio de la relación laboral en la empresa pública, como parte de la Administración Estatal.

Por todo lo indicado, es mi criterio que el trabajo revisado merece la calificación de **DIEZ SOBRE DIEZ (10/10).**-

Quedo a sus órdenes para ampliar o aclarar cualquier aspecto que usted requiera.

Atentamente,



Juan Páez Parral
Profesor Informante

Dedico esta tesis a mi Dios, a mis padres, Marcelo González y Arlene Loor, a mi esposo Harry Rivadeneira, quienes con su amor, sus palabras de aliento y su apoyo incondicional me dieron fuerzas para continuar; a mi hermano Luis González y a mi sobrina Luciana, porque son personas a quienes siempre tengo presente en mi vida, y a mi misma por el arduo trabajo realizado, que ha dado como fruto esta tesis, de la que me siento muy orgullosa.

Agradezco a Dios por estar conmigo siempre y mostrarme el camino a seguir para alcanzar mi aspiración de ser abogada. También quiero dar un especial agradecimiento a mi Director de Tesis, doctor Julio Michelena, quien desde el principio me dio sus valiosos consejos y me honró con su invaluable amistad.

RESUMEN

El tema de la presente tesis se centra en realizar un análisis del régimen jurídico laboral, que enmarca la actividad de los administradores de las empresas públicas en nuestro país.

Las empresas públicas constituyen una parte importante en la estructura estatal del Ecuador, el garantizar una correcta administración de las mismas es uno de los altos deberes que tiene la Administración Pública. El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, esta forma de organización política ha evolucionado desde el modelo de Estado Social de Derecho y ha avanzado hasta constituirse en una moderna forma de Estado, de la cual es parte también el principio de intervención estatal en la economía. Esta función en el medio económico, ha sido definida en nuestro país esencialmente a través de las disposiciones constitucionales que establecen al Estado como el principal encargado de la gestión de los sectores estratégicos y de la prestación de servicios públicos. Dicha intervención puede ejecutarse por medio de la constitución de empresas públicas, las cuales podrán ser creadas por la Función Ejecutiva, por los Gobiernos Autónomos Descentralizados y por las universidades públicas.

Aspectos como la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, así como los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión de estas, se encuentran regulados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, promulgada en el año 2009.

Las empresas públicas funcionan como sociedades de derecho público, están dotadas de personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, y deben ejecutar sus actividades bajo altos parámetros de calidad, eficiencia y eficacia, así como de criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales orientados hacia la utilidad social. Estas figuras forman parte del sector público, sin embargo difieren en varios aspectos de otros órganos del Estado, dada la actividad productiva que efectúan; por ende, se amparan bajo un marco jurídico diferente.

El régimen jurídico de la empresa pública es especial, dado el carácter sui generis de dicha figura. La normativa laboral que rige al personal que forma parte de estas empresas, específicamente a los órganos de administración, diferirá del que comúnmente rige a los demás servidores públicos en nuestro país, por ende se considera necesario el estudiarla.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	7
--------------	---

CAPÍTULO I

LA EMPRESA PÚBLICA

1.1 Breve estudio sobre la administración pública en el Ecuador	9
1.2 La empresa pública	18
1.2.1 El concepto de empresa pública	21
1.2.2 Características de las empresas públicas	27
1.3 La empresa pública en el Ecuador	31
1.3.1 Creación de las empresas públicas en el Ecuador	47
1.3.2 Clases de empresas públicas en el Ecuador	51
1.3.3 Estructura administrativa de las empresas públicas en el Ecuador	53
1.3.6 Finalidades de la Empresa Pública en el Ecuador	55

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS DEL ECUADOR

2.1 Generalidades	59
2.2 El talento humano en las empresas públicas	65
2.2.1 Legislación laboral	86
2.2.1.1 Normas internas del talento humano	94

CAPÍTULO III

LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR

3.1 Generalidades	100
3.2 La figura del administrador en la empresa	104
3.2.1 El Gerente General y el Presidente del Directorio como administradores de las empresas públicas	111
3.3 Régimen jurídico-laboral de los administradores de las empresas públicas	117
3.4 Atribuciones de los administradores de las empresas públicas	126
3.5 Responsabilidades de los administradores de las empresas Públicas	130
3.6 Estudio comparado con legislaciones de México, Chile, Colombia y Argentina	132

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1	Conclusiones	155
4.2	Recomendaciones	162
	Bibliografía	168
	Referencias	171

INTRODUCCIÓN

El presente estudio se fundamenta en la creciente importancia de las empresas públicas en nuestro país. Los servicios públicos más importantes, la gestión de aquellos sectores estratégicos de la economía, entre otras actividades económicas en las que el Estado ha decidido incursionar de forma directa a través de estas empresas, convierten a estas entidades en una parte fundamental para el desarrollo de la sociedad en el Ecuador. Todo esto sumado al aumento en el número de empresas públicas, su paulatino y constante crecimiento, así como la incorporación de un creciente número de trabajadores a estas entidades, convierte a la figura de empresa pública, en digna de ser estudiada a fondo, sobre todo desde el punto de vista de la ciencia jurídica.

En lo que respecta al marco legal que rodea a las empresas públicas, existen cuestiones a dilucidar, ya que estas entidades al haber surgido desde el sector privado, pero pertenecer al sector público, mantienen un comportamiento y presentan una realidad que difiere a la de otros órganos del Estado. El Estado, a través de la administración pública, procura armonizar el carácter público de dichas entidades, con su actividad empresarial, propia del sector privado, dotándolas de autonomía administrativa, financiera y de gestión y promulgando la legislación especializada para regir su actividad, no obstante de lo cual, las normas que hasta ahora regulan a las empresas públicas, específicamente en lo que respecta al aspecto laboral, presentan confusiones y falta de claridad en aspectos claves, como el relacionado con el marco legal que esté conforme con la actividad de quienes administran estas entidades, ya que dichos servidores poseen grandes responsabilidades para con la organización y con la sociedad.

En tal virtud, el tema del que trata el presente trabajo de disertación es la determinación del régimen jurídico laboral de los administradores de las empresas públicas en nuestro país, para lo cual se efectuará un breve estudio sobre la administración del Estado y el análisis de la naturaleza jurídica de la empresa pública a nivel general y posteriormente en el Ecuador. También se espera brindar información relevante sobre la gestión del talento humano en dichas empresas, dirigiéndose especialmente hacia el estudio de las figuras de Gerente General y Presidente del Directorio, como los órganos responsables de la administración en la empresa pública.

Con el fin de alcanzar los objetivos planteados, se utilizará tanto el método de investigación inductivo, como el método deductivo, por medio de los cuales se irá de la información particular a la general y viceversa, con la finalidad de alcanzar principios generales y posteriormente deducciones propias del razonamiento lógico, respecto de los temas planteados. Se expondrán los elementos que son necesarios para percibir y entender la existencia de la realidad externa que rodea a la figura de la empresa pública en nuestro país, así como el régimen jurídico laboral aplicable al personal que labora en ellas, específicamente a los administradores.

También se pondrá en práctica el método de análisis y el método de síntesis, para identificar cada una de las partes que caracterizan la antes mencionada realidad, y establecer la relación causa-efecto entre los elementos que componen el objeto de la presente investigación.

Finalmente se aplicará el método comparativo, al enunciar la realidad de la figura de las empresas públicas en otros países de América Latina.

CAPÍTULO I

LA EMPRESA PÚBLICA

1.1 Breve estudio sobre la administración pública en el Ecuador

El ser humano a lo largo de su convivencia en sociedad ha creado diversos tipos de organizaciones, con la finalidad de llevar a cabo las actividades necesarias para su supervivencia y desarrollo. A través de estas “unidades” o instituciones se han creado bienes, se han prestado servicios, se han desarrollado tecnologías innovadoras, se han creado nuevas y mejores maneras de explotar los recursos, etc.

Las organizaciones son la base del funcionamiento de nuestra sociedad. Para que éstas cumplan de manera eficiente (maximizando el tiempo con el que cuentan) y eficaz (utilizando al máximo sus recursos) con las metas para las que fueron creadas, es preciso cuenten con una correcta forma de administrarse durante el cumplimiento de sus actividades.

La palabra administración, proviene del latín *ad* (a, hacia) y *ministrare* (servir, cuidar), y fue utilizada en la antigua Roma para definir la aportación de un servicio a las personas.

La palabra *ministrare* deriva del vocablo *minister*, que se usaba para nombrar al prestador del servicio subordinado al *magister*, quien a su vez era superior que él (en rango) y por ende le ordenaba.

La administración en aquel entonces buscaba satisfacer las necesidades de quienes conformaban la sociedad, a través de la gestión que realizaban los *minister*. Dentro de este contexto se desarrolla lo que hoy se conoce como la burocracia o la clase conformada por los servidores que forman parte de la Administración Pública.

Ahora bien, en la generalidad la administración es considerada por Chiavenato (2004) como la “conducción racional de las actividades de una organización con o sin fines de lucro” (p.2). En el concepto citado el autor denota la importancia de una correcta administración en las organizaciones, independientemente del fin que estas persigan, sea oneroso o de carácter público, por ende la administración como ciencia, puede ser aplicada en las organizaciones privadas y públicas.

La administración para Jaramillo (2013) es conocida como “un proceso sistemático y metódico de carácter científico, técnico y jurídico que consiste en dirigir las funciones

administrativas de los organismos, instituciones y entidades del Estado para llegar a obtener resultados previstos, planeados y programados”. (p.117).

La administración también es denominada como el “(...) proceso de diseñar y mantener un entorno en el que trabajando en grupos, los individuos cumplan eficientemente objetivos específicos” (Koonts y Weihrich, 1998, p.6). El trabajo en grupo de quienes conforman la organización es sumamente importante, ya que todos los participantes cumplen un rol clave para el desarrollo y consecución de los objetivos propuestos.

La administración entonces se convierte en una ciencia aplicada para el desarrollo de una metodología que guíe las actividades de la organización de forma coherente, en pro de mejorar la productividad de la misma.

Con base al planteamiento de las cuestiones preliminares sobre la administración, se establecerá una conceptualización de la administración pública.

Se considera que históricamente el concepto moderno de administración pública se aplicó desde la época de Napoleón, momento en que este tipo de administración empieza a tener un papel más amplio; rol que se ha ido desarrollando paulatinamente sin descanso, hasta el día de hoy (Cassagne, 2002).

El Estado, en el marco de sus competencias, dotado de varias atribuciones y revestido de poder público o *imperium*, toma decisiones y las hace cumplir con el fin de organizar a la sociedad, la cual se halla conformada por personas que han depositado parte de su poder en él.

El Estado ecuatoriano, a lo largo de los años, ha evolucionado desde un modelo de estado abstencionista, hasta la representación actual altamente intervencionista, expresada en la forma de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el cual cumple con sus obligaciones ejerciendo actividades de diversa índole que van desde la regulación y el control, hasta la intervención en la economía por medio de la gestión directa, con lo cual busca fomentar el desarrollo pleno de todos quienes conforman la sociedad.

Ahora bien, la forma en la que el Estado logrará cumplir con dichos fines, es a través de una correcta administración de los recursos de los que dispone.

Dentro de este contexto analizaremos la definición de administración pública, con el fin de tener claridad en la forma en la que el Estado Ecuatoriano efectúa dicha administración.

Antes de continuar vale reconocer que por sobre la función administrativa está la función política que es “la actividad de los órganos supremos de un Estado, que ejecutan y aplican la Constitución, en defensa de sus altos intereses (...)”, razón por la cual “la Administración tiene carácter subordinado y auxiliar (...) pues la política envuelve toda la vida humana, y por supuesto al Estado mismo.” (Dromi, 1973, p.115).

Cabanellas (1997) considera que la administración pública es la “...gestión, gobierno de los intereses o bienes; en especial, de los públicos” e indica que “la administración pública equivale a poder ejecutivo y tiene a su cargo el cumplimiento de hecho de los fines del Estado.” (p. 167).

Dentro de este contexto la administración pública podría considerarse como una herramienta del Estado, por medio de la cual se proporciona el medio para el desarrollo de los individuos que lo conforman, procurando así que existan las condiciones necesarias para la búsqueda y el alcance del bien común. El Estado ejecuta estas acciones en virtud de que es el órgano que el pueblo ha designado para cumplir con el papel de administrador. En tal sentido, la administración pública es la administración que realiza el Estado de los recursos con los que cuenta, y es efectuada a través de las instituciones que crea con dicho fin.

Resulta interesante que a veces se considera al Estado y a la administración pública como sinónimos, sin embargo no lo son, ya que el primero realiza esta actividad para el cumplimiento de sus fines.

La Constitución de la República¹ de nuestro país dispone en el artículo 227 que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

La diferencia entre la administración privada y la administración pública, consiste en que esta última tiene su fundamento en el derecho y el deber públicos, al contrario de la primera cuya base es el derecho privado, siendo los particulares quienes se encargan de gestionarla y persiguen a través de ella, el lucro. (Frederickson, 1983).

La administración pública o del Estado en un sentido más amplio es considerada como “(...) una actividad científica, técnica, y jurídica y uno de los medios de que se vale el

¹Constitución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 449 del 20 de noviembre de 2008.

Estado para lograr obtener que los servicios sean atendidos de la mejor manera, con el mayor grado de eficiencia, eficacia, calidad y transparencia de sus actos, para el desarrollo del país.” (Jaramillo, 2013, p.120).

Es así que “(...) la administración pública es la fase del gobierno que consta de la ordenación cooperativa de las personas, mediante la planificación, organización, educación y dirección de su conducta, para la realización de los fines del sistema político” (Muñoz 1973, p. 26).

Dentro del estudio de la administración pública, ésta es considerada en primer lugar como la ciencia que procura dictar las directrices para el manejo de las actividades en una organización y, en segundo lugar, como las instituciones creadas por el Estado para cumplir con este manejo.

Esta dualidad es explicada por Dromi (1973) quien sostiene que “La Administración ofrece un doble aspecto: en sentido objetivo (sustancial-material) y en sentido subjetivo (orgánico-formal). *Objetivamente* es una acción, un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin (...). *Subjetivamente* la Administración implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar.”(p.158).

Es así que en un primer momento se cataloga a la administración pública como todas las actividades que realizan los órganos legislativos, jurisdiccionales, electorales, y de transparencia y control social, que no se encuadren dentro de los actos meramente legislativos, jurisdiccionales, electorales y de transparencia y control.

Mas la administración pública también se entiende como el conjunto de organismos o entidades que forman parte del Estado; en tal sentido, la función administrativa puede ser vista desde dos ángulos, como la actividad que desarrollan los órganos estatales para la consecución de sus fines, y como el conjunto de estos mismos órganos que forman parte de la estructura del Estado, y que tienen como misión realizar dichas actividades de forma permanente y práctica.

La administración pública puede describirse entonces como un proceso en el que reglas generales son aplicadas a casos específicos, a través de la toma de decisiones y su aplicación por parte de los órganos del Estado.

Vale recalcar que, con la vigencia de la Constitución de la República promulgada en el

2008, en nuestro país el Estado se divide en 5 grandes funciones, la ejecutiva, la legislativa, la judicial, la electoral y la de transparencia y control social.

El Presidente de la República, a través de la Función Ejecutiva es el responsable de la administración pública, tal como se establece en el artículo 141 de la Constitución.

En este mismo artículo se dispone que la Función Ejecutiva sea integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la república, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.

También se puede apreciar lo antes mencionado en el artículo primero del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE que establece lo siguiente: "El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva"².

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, ya había establecido previamente que: "Dentro de los límites que impone la Constitución Política, declárese de competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos"³.

Es así que "la función administrativa es una de las vías de actuación jurídico-formal junto con la gubernativa, la legislativa y la judicial, para el ejercicio del poder como medio de la comunidad para alcanzar sus fines. Concretamente es la actividad que en forma directiva y directa tiene por objeto la gestión y el servicio en función del interés público, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, mediante la realización de actos de administración" (Dromi, 2011, p.261).

Antiguamente se consideraba que la función administrativa era toda o casi toda la actividad que realizaba el poder ejecutivo, sin embargo hoy se sabe que la administración pública es solo una parte de dicha actividad.

² Estatuto publicado en el Suplemento del Registro Oficial 536 del 18 de Marzo del 2002.

³ Artículo 40 de la Ley, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 349 del 31 de Diciembre de 1993.

La Administración Pública de acuerdo con el jurista Dromi (2011) se divide en:

- Administración Pública central
- Administración Pública institucional y
- Administración Pública seccional

Aplicando tal clasificación a la realidad de nuestro país, tenemos que la Administración Pública Central es ejercida por la Función Ejecutiva, la cual, en concordancia con las funciones dictadas por la Constitución y la ley, ejerce de forma jerárquica e imperativa las actividades pertinentes, para la satisfacción de las necesidades en la sociedad.

La Administración Pública Central en los estados unitarios como el Ecuador, es definida como el conjunto de órganos formado por el jefe del Estado, los ministros y ministerios, así como sus dependencias y altos órganos.

De acuerdo al ERJAFE, la Administración Pública Central del Ecuador está conformada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República y por los Ministerios de Estado (y los órganos dependientes o adscritos a estos)⁴ como ya se mencionó.

La Administración Pública Institucional corresponde a aquellos órganos creados por el Estado con el fin de prestar servicios a la comunidad en el marco del derecho público.

El ERJAFE establece que:

La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad. En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisional, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes.⁵

Finalmente, la Administración Pública Seccional corresponde a aquellas organizaciones descentralizadas que pertenecen al sector público y que tienen autonomía, jurisdicción,

⁴ Artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁵ Artículo 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

competencia, patrimonio, y poseen potestad que les brinda la Constitución y la ley para administrarse, gobernar y legislar para el cumplimiento de sus fines (Jaramillo 2013).

Una vez que se ha abordado el tema sobre la administración pública, me referiré a la forma en la que el Estado ecuatoriano actúa por medio de la misma, para intervenir en el aspecto económico del país.

La Constitución de la República actualmente vigente, denomina al Estado Ecuatoriano como “...un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”⁶.

El concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia es producto de una amplia evolución que se encuentra alejada de la temprana concepción de estado, que era conocida como Estado Liberal o Estado de Derechos, por medio del cual se reunieron varias garantías formales como la división de poderes y el principio de legalidad, pero que en aspectos como el económico, se caracterizaba por el principio de abstencionismo.

El Estado Liberal entró en crisis debido a la existencia de un positivismo jurídico que dejó de lado las exigencias de justicia y bienestar para los ciudadanos, y puesto que se creía que quienes estaban mayormente beneficiados por la gestión estatal pertenecían a las clases dominantes. Tras estos sucesos surge el Estado Social de Derecho como respuesta a la problemática surgida, el cual mantiene un contenido social y económico que persigue un fin específico: el pasar de la igualdad formal a la igualdad material. Uno de los métodos utilizados por este tipo de estado, fue la prestación directa de servicios públicos, con lo cual se alcanzó un mayor nivel de intervencionismo. (Corte Constitucional, 2011).

De acuerdo con Trujillo (2007) el Estado Social justifica su intervención en la vida económica, social y cultural de la sociedad, con el fin de procurar el alcance de una igualdad material y equidad entre quienes lo conforman, al contrario del Estado Liberal de derecho del siglo XIX que expresamente se abstenía de ello.

El Estado ecuatoriano ha ido más allá de dichas concepciones, y al haberse transformado en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, actúa bajo un régimen democrático y tiene como objetivo principal el garantizar el ejercicio pleno de los derechos de todas las personas que lo conforman y alcanzar así el buen vivir para todos los ecuatorianos, para lo cual debe desarrollar las acciones necesarias a través de las instituciones, órganos y

⁶ Artículo primero de la Constitución de la República.

organismos estatales.

Desde el punto de vista económico, el Estado en nuestro país procura el desarrollo equitativo de la sociedad, y busca armonizar los intereses de los agentes económicos, tales como el productor, el consumidor o el usuario, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público. Para ello se encarga de regular las actuaciones de dichos elementos en el mercado, mas así mismo interviene de manera directa y funge como un agente económico más.

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia "...la Constitución se convierte en el instrumento jurídico jerárquicamente superior que informa y regula la creación y aplicación del derecho (...)."(Corte Constitucional, 2011, p.16), en esta se encuentran el grupo de normas que regulan el sistema económico en nuestro país.

La Carta Magna en el artículo 238 del Capítulo cuarto denominado "Soberanía económica", establece que:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

Así mismo la Constitución establece el régimen de desarrollo en el artículo Art. 275, el en cual determina que:

El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

En tal sentido, Pérez (2012) reflexiona al respecto y sostiene que “El régimen de desarrollo de la Constitución ecuatoriana se sustenta en una mayor intervención del Estado en la economía y en los diferentes mercados. El principio de la actividad económica es la solidaridad y su fin es alcanzar el buen vivir, *sumak kawsay*, para la población.”(p.2).

En conclusión, el Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, en cumplimiento de las disposiciones de la Constitución de la República, interviene protagónicamente en la economía para el cumplimiento de sus fines.

De acuerdo al jurista Dromi (2011), existen dos tipos de intervención económica del Estado:

- ✓ La intervención directiva y la
- ✓ La intervención directa

La intervención directiva o “administración ordenadora” es un proceso que actúa a través de la legislación, por ejemplo cuando se entrega dinero desde la Administración a los particulares, quienes lo utilizarán para actividades de tipo social, conocidas como subvenciones.

En la intervención directiva, el Estado se vale de la planificación económica y el fomento administrativo como instrumentos jurídicos para la regulación, ordenación y promoción de los recursos con los que cuenta y los servicios que brinda (Dromi, 2011).

En cuanto a la intervención directa, también conocida como la intervención de ejecución, o “administración prestacional”, el Estado se convierte en un sujeto económico que participa directamente en las actividades del mercado.

La intervención directa es “una intervención estatal administrativa pues generalmente traduce su obrar por medio de empresas públicas” (Dromi, 2011, p. 990).

El Estado utiliza a las empresas públicas y al poder de policía económico para intervenir en el mercado económico como un agente más, interactuando con los otros elementos que forman parte de ese mundo, sin necesidad de utilizar mecanismos intermediarios. Por ende el Estado “...establece una administración exclusiva de un conjunto de actividades y de bienes, calificados como estratégicos y servicios públicos y su aprovechamiento y explotación directa por intermedio de empresas públicas, así como de empresas mixtas y la economía popular y solidaria, lo que constituyen el conjunto de empresas estatales.”(Pérez, 2012, p.2).

No olvidemos que la Administración Pública, “persigue fines que, si bien pertenecen al bien común, ella los asume como privativos.” (Cassagne, 2002, p. 98), es por esto que se puede concluir que la empresa pública es una de las figuras en las cuales el Estado se apoya para alcanzar sus fines.

1.2 La empresa pública

Entre las corrientes económicas más influyentes que existen actualmente, consta la conocida como corriente liberal, la cual propone el concepto del *homo economicus*, reconocido como un sujeto racional que habita en una sociedad desarrollada donde la formación y construcción del bienestar económico de cada individuo son las motivaciones que lo llevan a tomar decisiones intencionales, con el fin de enriquecerse y alcanzar utilidades. El origen del concepto de *homo economicus* se remonta a la teoría que Adam Smith expuso en su libro “La Riqueza de las Naciones” en los años setenta (Jiménez, 2011). Dentro de dicha concepción se considera que el hombre ha sido orientado a la creación de “proyectos” por un interés económico, con el objetivo de obtener una rentabilidad a base de brindar un servicio, o crear un bien, que será intercambiado con el usuario por valores en dinero, llegando a concebir y crear las llamadas empresas o unidades económicas, para tales fines.

Históricamente el núcleo familiar constituyó la primera concepción de empresa, en virtud de la necesidad de abastecer al hogar experimentada por el hombre, para lo cual buscó los recursos para la subsistencia de los miembros de su familia.

Luego de que este proceso de autoabastecimiento quedase en desuso, tanto por el exceso de recursos, como por la necesidad de intercambiar dicho exceso por productos que solo podían obtenerse desde el exterior de la familia, se procedió a una estructura más parecida a una empresa artesanal, basada en una clientela que acudía para adquirir los bienes necesarios, o procurarse algún servicio. Estas empresas partían de la iniciativa del maestro quien aportaba con dinero, esfuerzo, tiempo e incluso con el espacio físico, y mantenía bajo su cargo al operario y al aprendiz (Cabanellas, 1997).

Valdaliso y López (2008) consideran que:

A lo largo de la historia han existido diferentes modos de organizar el comercio y los

intercambios de mercancías y servicios. La reciprocidad y la redistribución fueron mecanismos habituales en los imperios antiguos y todavía hoy perviven en algunas zonas de África. El intercambio voluntario de factores y productos a través del mercado entendiendo éste no solo como un lugar físico, sino sobre todo como una institución que regula la actividad económica, y donde las transacciones están amparadas por el Estado u otro tipo de autoridad jurídico-política, no comienza a surgir hasta fechas relativamente recientes (...). (p. 98).

Vemos que la sociedad en el ámbito mercantil fue evolucionando paulatinamente, iniciando con el intercambio o trueque de productos hasta la constitución de empresas familiares. Posteriormente se constituyen las bases de la empresa moderna durante los siglos XVI y XVII.

La empresa en la actualidad nace de la planificación y puesta en marcha de las actividades necesarias para alcanzar los fines propuestos, como la forma en que se debe administrar, la selección del personal operativo y directivo, y la maquinaria, tecnología y demás medios que serán utilizados. Muchas de estas entidades se han llegado a convertir en verdaderos gigantes de la producción, gracias a las posibilidades brindadas por un capitalismo en auge.

La palabra empresa proviene del latín *in-prehensa*, cuyo significado tiene que ver con acciones arduas o difíciles que se toman o conquistan.

Desde diferentes ámbitos, a la empresa se la define como una unidad de trabajo que posee un fin y que para conseguirlo pone en marcha el aparataje con el que cuenta, en base a su estructura organizacional; todo esto desde un criterio administrativo. La empresa es una unidad económica formada por un conjunto de personas, que actúan bajo una dirección, para alcanzar los objetivos planteados.

La empresa es catalogada también como la “asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realizar obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos sus miembros de las ventajas que reporte”. (Cabanellas, 1997, p. 426).

Cabe señalar que desde el punto de vista jurídico la empresa puede concebirse en forma dinámica y en forma estática. En la primera forma a la empresa se la considera funcionalmente como la actividad del empresario, en la segunda como un conjunto

organizado de medios personales y reales, por medio de la cual se desempeña una función económica (Broseta, 1965).

De acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio de Colombia: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”⁷.

Con base en dichas premisas se concluye que la empresa es uno de los núcleos de la actividad económica, por medio de ella se genera empleo, se desarrollan nuevas ideas, se obtiene rentabilidad, se crean tecnologías de punta para alcanzar mejores niveles de calidad en la producción de bienes y en la prestación de servicios, se trabaja para alcanzar utilidad económica, y acumulación del capital, y muchas otras actividades tendientes al desarrollo de los individuos; es por esto que la empresa ha sido catalogada como una importante unidad dentro de la sociedad, así como uno de los pilares más importantes en los que se apoya el capitalismo, modelo socioeconómico que procura alcanzar la ganancia en base al trabajo continuo y racional.

Dado que la empresa responde a la naturaleza del hombre que actúa dentro de la sociedad prestando bienes o servicios, con el fin de alcanzar una contraprestación, ésta constituye un ente que adquiere muchos tipos de matices, en cuanto a su tamaño, la forma en la que se estructura, los mecanismos de funcionamiento, los fines perseguidos, etc.; así una empresa puede ser pública o privada.

Es así que la empresa:

Constituye un conjunto de medios de muy diverso orden destinados a un fin que es determinado por el empresario, teniendo como meta la producción. En realidad el fin es la producción y la utilización de los medios que se realiza por parte del empresario, quien considera o puede considerar libremente cuáles son los mejores medios para llegar al mismo. Todos los elementos de la empresa están subordinados a dicho fin, y el propio empresario no ejerce esas facultades de utilizar los medios a base de su propio capricho, y sí de esa finalidad superior a la que él se encuentra igualmente sometido. (Omeba Enciclopedia Jurídica, 1959, p. 56).

⁷ Código publicado en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

Al margen de los orígenes y del funcionamiento interno de dichas entidades, las empresas públicas y privadas van tras un fin que es determinado por el empresario (en el caso de las primeras el Estado), el cual también se encuentra sometido al cumplimiento de tales objetivos.

El presente trabajo se centrará en el régimen jurídico-laboral de los administradores en las empresas públicas, es por ello que ésta breve introducción sobre las cuestiones preliminares de este tipo de entidades, brinda una pauta importante para entrar de lleno al universo de la empresa pública y quienes la administran.

1.2.1 El concepto de empresa pública

En el tema que compete a las entidades administrativamente descentralizadas y a las empresas públicas, hallamos formas jurídicas nuevas, en las que confluye tanto el derecho público como el derecho privado (Cassagne, 2002). Dentro de este contexto, las actividades que el Estado realiza pueden ser ejecutadas por medio de personas jurídicas públicas y/o personas jurídicas privadas.

Las personas jurídicas públicas se dividen en dos clases, aquellas con formas jurídicas que tienen un régimen típico de derecho público y las entidades descentralizadas que tienen un régimen jurídico mixto, tanto de derecho público como de derecho privado. Las empresas públicas se encuadran dentro de esta última clasificación, pues son figuras que se rigen por ambos tipos de normativa, en una forma armónica. (Cassagne, 2002).

Cabe señalar que las personas jurídicas privadas son aquellas estructuras que son propias del derecho privado, ya que sus relaciones están amparadas de manera predominante por el derecho civil y comercial, un ejemplo son las fundaciones o las sociedades de economía mixta, donde el Estado tan solo mantiene una participación en el capital.

Dromi (1967) encuadra a las empresas públicas dentro de la clasificación de entidades públicas estatales dedicadas a actividades comerciales e industriales.

Nava (1965) considera a la empresa pública como “un organismo económico, coordinador de diversos elementos y bienes del Estado para producir bienes o servicios. Su carácter Económico, que traduce la palabra empresa, exige su autonomía frente al Estado, pero la palabra pública debe traducirse en obediencia al Estado, quien la controlará y llevará su

dirección” (p. 128).

Pérez (2012) sostiene que en nuestro país “existe una larga tradición de la empresa estatal, como institución del Estado, sometida a la normativa del Derecho Público. La empresa estatal así concebida se constituye como modo de gestión del Estado de actividades comerciales e industriales con un patrimonio separado del resto de las instituciones públicas” (p. 47).

Es así que el Estado, como se mencionó ya, ha creado la figura de la empresa pública para satisfacer las necesidades de la sociedad, con lo cual se está aportando a la consecución de sus fines.

La empresa pública ha sido concebida como una entidad creada con objetivos sociales, en la que se debe desde un inicio, establecer claramente cómo funcionará la contraprestación en base a la cual se constituirá su funcionamiento.

El Estado crea este tipo de entidades por ejemplo para brindar directamente un servicio que satisfaga la necesidad del conglomerado, sin necesidad de acudir a concesiones. En lo referente a la prestación del servicio por parte de la Administración Pública cabe señalar que:

La actividad administrativa de prestación es aquella por la que la Administración, sin limitar ni incentivar la actividad privada, satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Estos servicios pueden ser muy variados como, por ejemplo, el transporte, el abastecimiento, la enseñanza, la sanidad, etcétera. (Parada, 2008, p. 309).

Así mismo cabe acotar que, en cuanto a su estructura, la empresa pública no se visualiza de forma esencialmente diferente a la concepción que se tiene de empresa privada, puesto que “la empresa pública no se diferencia estructuralmente de otros complejos similares del sector privado. Se trata, en definitiva, de la organización de medios materiales y personales para la producción, transformación o distribución de bienes y servicios” (Soldevilla, 1978, p.7); en tal virtud, la empresa pública debe cumplir con los objetivos propuestos bajo los principios que le impone el Estado, moviéndose en un universo tanto público como privado. Este ideal no ha sido fácil de cumplir, ya que en la práctica ha resultado complicado que sus objetivos sociales se encuadren de manera perfecta en una figura que nació en el ámbito privado, pues no se debe olvidar que la creación, administración y

dirección de las empresas en general desde siempre ha tenido el objetivo de acumular riqueza.

Es así que las empresas públicas enfrentan serios retos a la hora de tratar de armonizar la naturaleza pública de su motivación y la naturaleza privada de su funcionamiento, retos que deben ser resueltos por el Estado, a través de los lineamientos que proponga la Administración Pública.

En resumen, en la empresa pública confluyen por un lado los intereses propios de un empresario y por otro los intereses del conglomerado, siendo necesario armonizar ambas corrientes, lo cual por supuesto es una tarea compleja. Lo que se busca es evitar ir de un extremo a otro, impidiendo que se priorice solamente el fin privado o que únicamente se enfoquen sus actuaciones en priorizar el interés general, en razón de que la empresa pública es una empresa y debe ser administrada como tal.

La empresa pública se convierte entonces en un fenómeno socio-económico en el que confluyen intereses privados y públicos. Así mismo dichas entidades se encontrarán siempre influenciadas por el ámbito económico y político que rodea al Estado.

Ahora bien, en nuestro país la empresa pública como tal, es una figura relativamente novedosa, pues si bien existieron empresas que fueron nacionalizadas, e incluso algunas creadas por el Estado en la década de los setenta, éstas no eran del todo comprendidas en su actuación y no existía normativa especializada que regule su funcionamiento, por cuanto debían someterse a la legislación que regía a las demás instituciones del Estado e incluso eran confundidas con éstas, por ende en el presente trabajo no se las considera como empresas públicas propiamente dichas.

En esto radica la importancia de estudiar el concepto de empresa pública, pues sobre el tema persisten vacíos en la cultura jurídica general.

Con el fin de adentrarnos en el universo de la empresa pública, es necesario conceptualizar a la figura como tal, así como brindar especificaciones que esclarezcan su naturaleza económica y jurídica.

En el aspecto económico la empresa pública es una organización de medios tanto materiales como personales y es un instrumento para realizar determinada explotación económica, dirigida a la consecución de los fines del Estado, actuando desde el sector público de la economía.

En tal sentido se efectuará un acercamiento a la constitución económica actualmente vigente en nuestro país.

Cabe señalar que se entiende por constitución económica al “...ordenamiento político y jurídico de un sistema económico nacional, que delimita los ámbitos de los sectores privado y público, estipula las reglas del juego a las que deben someterse las personas en sus actividades económicas, y fija algunas normas generales acerca del uso, el usufructo, el intercambio y la disposición de los derechos de propiedad sobre la riqueza.” (Mancero, 1997, p. 5).

Recordemos que:

Con la Constitución de Weimar (1919) se empezó a hablar, en la doctrina constitucional alemana, de la Constitución económica para referirse a los principios y normas de jerarquía constitucional que se ocupan de determinar el sistema económico del país, del régimen de propiedad de los bienes de producción, de las funciones y límites que se fijan a la intervención del Estado en la economía, organización social y cultura y de los medios de que debe valerse para logara la garantía y goce efectivo de los derechos de la persona, especialmente de los derechos sociales, económicos y culturales.(Trujillo, 2007, p.112).

Troya (como se citó en Pérez, 2012), considera que “las principales cuestiones que conciernen al modelo económico son la definición del Estado y su participación, las finanzas públicas y la deuda, el orden tributario.”.

La Constitución de la República del año 2008 hace referencia a dichos temas en varias normas. Dentro del régimen económico solidario que la Constitución ha dispuesto sea el que exista en el Ecuador, tenemos al régimen de desarrollo, el cual se sustenta en una mayor intervención del Estado en la economía. De acuerdo con dicho régimen el Estado amplía el ámbito de su dominio público⁸ y establece que será el administrador exclusivo de actividades relacionadas con los sectores estratégicos y con la prestación de servicios públicos, para lo cual constituirá empresas públicas (Pérez, 2012).

Es así que la Carta Magna en el artículo 315, en concordancia con el artículo 313, dispone que el Estado se reserve el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, para lo cual constituirá empresas de su propiedad. Los sectores

⁸ De acuerdo con Marienhoff (1960) el dominio público del Estado es inalienable e imprescriptible, características que lo hacen diferente del dominio privado el cual se haya sujeto a las reglas comunes de la propiedad privada.

estratégicos se caracterizan por su trascendencia y magnitud así como por la decisiva influencia económica, social, política o ambiental que tienen para el país, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.⁹

El artículo 315 de la Constitución también dispone que la conformación de empresas públicas se realice por parte del Estado con la finalidad de prestar servicios públicos, aprovechar de forma sustentable los recursos naturales o bienes públicos y desarrollar otras actividades económicas.

En tal sentido, la Constitución en el artículo 314 dispone que: “El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.” El Estado es responsable de la provisión de servicios públicos y/o de vigilar que estos sean prestados bajo los estándares pertinentes, debido a que actualmente vivimos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, de acuerdo a lo cual “(...) la prestación de bienes y servicios se rige por las reglas de la solidaridad social, la calidad, la competitividad y la desmonopolización.” (Jaramillo, 2013, p. 72).

Cabe señalar que el Estado podrá prestar estos servicios públicos por medio de las siguientes figuras: a través del gobierno central y de gobiernos autónomos descentralizados, por medio de empresas públicas, por delegación a empresas mixtas, por delegación excepcional a empresas privadas y finalmente mediante la concesión a particulares (Jaramillo, 2013).¹⁰

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución de la República, el Estado crea a las empresas públicas para:

1. La gestión de sectores estratégico
2. La prestación de servicios públicos
3. El aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, y
4. El desarrollo de otras actividades económicas.

⁹Los sectores estratégicos son la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

¹⁰Los servicios públicos son permanentes, regulares y continuos (Jaramillo, 2013) y, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 116 del 10 de Julio del 2000, se define a los servicios públicos, como aquellos que se prestan directamente en los domicilios de las personas consumidoras, bien sea por proveedores privados o proveedores públicos.

En relación al último numeral, la Constitución deja un espacio amplio donde se pueden incluir distintas actividades económicas en las que puede intervenir el Estado, través de la empresa pública.

Con el fin de normar la actuación de estas entidades en el año 2009 se promulgó la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que nos brinda la siguiente definición de las mismas:

Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.¹¹

La doctrina; principalmente a nivel internacional, ha estudiado ampliamente a la empresa pública, sea desde el punto de vista económico, político, y también legal; sin embargo, como tiende a suceder sobre todo en el ámbito económico, esta figura fue creada pero su análisis fue posterior, por ende la realidad siempre ha ido un paso adelante del estudio.

Dromi (1967) conceptualiza a las empresas públicas como “Entes estatales que realizan una actividad comercial o industrial, bajo el régimen mixto de derecho público y privado, en el que el primero tiene una parte importante.”. (p.440).

Pérez (2012) sostiene que:

Se consideran empresas estatales aquellas de capitales públicos, aunque sea parcialmente, y que se rigen por normativa de Derecho Público y parcialmente de Derecho Privado. Dentro de este marco se encuentran: la empresa pública, la compañía de economía mixta, las sociedades particulares en manos del Estado, las alianzas estratégicas de empresas públicas, los consorcios con empresas estatales y las personas jurídicas particulares que solas o en asociación con empresas estatales son delegadas para la prestación de servicios públicos. (p. 48).

¹¹ Artículo 4 de la Ley de Empresas Públicas publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 del 16 de octubre de 2009.

El término empresa pública no es un sinónimo de empresa estatal. En el presente trabajo el término empresa estatal se utilizará más adelante como definición de las empresas que fueron propiedad del Estado en los años setenta.

En conclusión, la empresa pública es un tipo de organización de propiedad del Estado, por medio de la cual este interviene de manera directa en la economía. La empresa pública está regulada tanto por el Derecho Público, como por el Derecho Privado.

Las empresas públicas, de acuerdo con Cassagne (2009) son:

Una especie peculiar de entidad estatal (...), que desarrolla una actividad comercial o industrial con régimen jurídico entremezclado que combina el derecho público con el derecho privado(...) la finalidad comercial e industrial a cumplir por la entidad constituye la razón de ser que justifica el nacimiento de esta figura jurídica. (p.354).

De este concepto se desprenden las principales características de la empresa pública. En primer lugar la empresa pública nace con una finalidad dictada por el poder estatal que es, a groso modo, la búsqueda del bienestar de la sociedad, en Ecuador también conocido como el *sumak kawsay* o buen vivir. Por otro lado, como se dijo, la empresa pública desarrolla su actividad empresarial encuadrándose dentro de la normativa pública y privada, es por esto que el autor la considera como una figura peculiar y ya anteriormente se ha analizado la condición *sui generis* que presentan estas entidades. A continuación se abordarán las principales características de las empresas públicas.

1.2.2 Características de las empresas públicas

Una característica es una cualidad que permite identificar a algo, diferenciándolo de sus semejantes, razón por la que se enunciarán las particularidades que diferencian a las empresas públicas de sus figuras análogas en el sector privado y de otras figuras creadas por el Estado.

Dromi (1967) considera que la empresa pública se caracteriza por ser:

- a) Íntegramente estatal (diferenciándose de las sociedades de economía mixta).
- b) Expresamente estatal (ya que no adopta la forma de una sociedad privada).
- c) Tiene personalidad jurídica propia.

- d) Se dedica a una actividad económica.
- e) Está sometida al derecho privado y público alternativamente.

Jaramillo (2011), en concordancia con el pensamiento del jurista Juan Carlos Cassagne, considera a las siguientes como algunas de las características principales de la empresa pública:

1. Las empresas públicas, como entidades públicas, son creadas por el Estado.
2. Las empresas públicas están sujetas al control del Estado, en razón de que los recursos con los que cuentan son íntegramente públicos, incluso si han sido obtenidos a través de formas de financiamiento como ingresos provenientes de la comercialización de bienes o prestación de servicios, u otros emprendimientos, rentas nacionales o internacionales, la emisión de obligaciones, entre otras actividades.¹².
3. De acuerdo con el artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, estas estarán sujetas a los siguientes controles:
 - a) A la Contraloría General del Estado.
 - b) A la Unidad de Auditoría Interna de la empresa pública.
 - c) Al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
4. No se puede declarar en quiebra a una empresa pública. Si una empresa pública terminara sus actividades económicas, la Administración Central determinará cuál será el destino de los activos y pasivos de la misma, así como de los bienes que forman parte de su patrimonio.
5. El objetivo de la creación de la empresa pública responde a lo que dispone el artículo 315 de la Constitución de la República, donde se establece que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Mediante dicha disposición se entiende que el Estado delega a las empresas públicas la prestación de los servicios, y administración de los sectores estratégicos, cuyo fin último es la

¹² Artículo 42 de la Ley Orgánica de Servicio Público publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 del 06 de octubre de 2010.

satisfacción de las necesidades de la sociedad, y el alcance del buen vivir. Al respecto, se destinará una sección del presente trabajo, donde se explicará de forma más profunda el tema.

6. Mediante las empresas públicas se espera redistribuir la renta nacional, ya que a través de su gestión y de los subsidios que recibe esta entidad, puede dotar de productos a precios accesibles a las personas de escasos recursos, así como incursionar en territorios económicos de difícil acceso, donde otras empresas del sector privado no invierten en razón de que no se espera obtener suficientes utilidades.

A más de las antes mencionadas características, es necesario precisar que la empresa pública en nuestro país, de acuerdo con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, comprenden únicamente las empresas de propiedad exclusiva del Estado.

Las sociedades de economía mixta en las que el Estado tiene una mayoría accionaria, no son empresas públicas, por ende otra de las características de la empresa pública es que desde su creación, los recursos son entregados en su totalidad por el Estado.

La Constitución de la República dispone que las empresas públicas funcionen como sociedades de derecho público. Es así que “las sociedades de derecho están tipificadas por la ley; es decir, la ley determina las características tipificantes y que por tanto configuran una determinada especie de compañía.” (Ramírez, 2013, p.14).

Otra de las características de las empresas públicas es que estas tienen personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión¹³ según lo ha dispuesto la Constitución de la República, por ende estas también pueden ser consideradas como características propias de dichas entidades.

Dentro de dicho contexto, Jaramillo (2013) aborda una de las teorías de la personalidad jurídica y afirma que “La persona jurídica es un tecnicismo artificial, ideal y ficticio, creado por el legislador, dentro de una organización política y social, a quien el ordenamiento jurídico le concede competencia legal para obrar lícitamente mediante atribuciones y deberes” (p.72).

Salgado (2010), considera que “el Derecho u ordenamiento jurídico reconoce como entes

¹³ Párrafo segundo del artículo 315 de la Constitución de la República.

dotados de personalidad jurídica a: 1) las personas físicas o naturales y 2) a las personas jurídicas, morales o colectivas (...)" (p.97).

Las empresas públicas son personas jurídicas colectivas, y por ende poseen los siguientes atributos que las caracterizan de acuerdo con Salgado (2010):

- ✓ Existencia de una asociación de personas naturales.
- ✓ Fin u objetivo a alcanzar, que puede ser privado o de utilidad pública.
- ✓ Poseen un patrimonio.
- ✓ Tienen un representante legal, que actuará en nombre del grupo.
- ✓ Ostentan una autorización extendida por el Estado, a través de autoridad competente, por medio de la cual se reconoce a la persona jurídica colectiva.

Al tener personalidad jurídica las empresas públicas efectúan actividades y contraen obligaciones, en el ejercicio de sus actuaciones comerciales, las cuales les generan una plena responsabilidad jurídica, sea de cara a sí mismas o frente a terceros

De acuerdo con (Ramírez, 2013), se considera que los atributos de la personalidad jurídica son el nombre, el domicilio, el patrimonio y la representación legal.

En lo que respecta a la autonomía, ésta es conceptualizada como la libertad que se reconoce a una entidad para dirigir, según su propia normativa, todo lo concerniente a su administración. Es así que la empresa pública tiene libertad para proceder, en lo que respecta a su administración y gestión, en razón de que la Constitución ha dispuesto sea autónoma, todo esto debido a la naturaleza de su actividad.

Asimismo en el aspecto económico se considera a la autonomía financiera como la "libertad económica para regirse, en cuanto a gastos e ingresos, que se concede a las entidades públicas dependientes del Estado (...)" (Cabanellas, 1997, p.423).

Otra de las características propias de la empresa pública, está relacionada con el régimen jurídico laboral de las personas que trabajan en ella, ya que al desarrollar su actividad en un universo versátil donde tanto el derecho público como privado se hacen presentes, se manifiesta la interrogante sobre qué régimen laboral es el que deberá aplicarse, si el de derecho privado o público.

En tal sentido, quienes laboran en las empresas públicas tienen la condición de servidores

públicos de acuerdo a la Constitución de la República¹⁴, puesto que aquí se dispone que quienes ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público tendrán dicha calidad y, de acuerdo a lo que quedó aclarado en párrafos anteriores, las empresas públicas forman parte del sector público.

Existe la excepción de las personas que cumplen roles de “obreros” dentro de la organización y que si bien son considerados servidores públicos, están regidos principalmente por la normativa contenida en el Código de Trabajo, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución, e incluso por la LOEP¹⁵. La calificación de obrera/o de conformidad con el Decreto Ejecutivo No.1701 (modificado mediante Decreto Ejecutivo No. 225), será con sujeción a lo dispuesto en el Código de Trabajo¹⁶, sin embargo en dicho código no se encuentra una definición general al respecto. Estos temas serán analizados a profundidad más adelante.

En cuanto al personal administrativo, los presidentes del directorio y los gerentes generales, estos tienen un régimen laboral especial, cuya dilucidación es el objetivo principal de esta disertación, razón por la cual se lo estudiará en un capítulo aparte.

1.3 La empresa pública en el Ecuador

El Estado moderno surge entre el siglo XIV y el siglo XV. Cabe realizar una breve introducción a los sucesos políticos y económicos que marcaron esta era y que dieron paso a la existencia de las empresas de propiedad del Estado.

Alrededor del siglo XIV el poder del papado, de los señores feudales y del Emperador fue decreciendo gracias a que las monarquías se desarrollaron económicamente, con el apoyo de la comunidad, lo que les permitió crear una administración más amplia y compleja basada en los preceptos del Derecho Romano, entre los cuáles se sostenía que el monarca era el representante del interés público. Es en este momento cuando varios reyes y príncipes de Europa decidieron incursionar en actividades de comercio (Pérez, 2012). Tales

¹⁴ Artículos 229 y 326 numeral 16 de la Constitución de la República.

¹⁵ Artículo 229 de la Constitución de la República y Numeral 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 del 18 de mayo de 2009 (modificado por el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010).

eventos podrían considerarse como precursores de la actividad empresarial de la clase noble.

Durante los siglos XV y XVI, época conocida como el Renacimiento, la producción agrícola de los señores feudales pierde su poderío gracias a que las clases medias, conformadas principalmente por comerciantes, aumentan su poder económico y acumulan cada vez más riqueza. El mundo sufre cambios importantes en cuanto a los procesos económicos existentes, el sistema político-económico conocido como feudalismo estaba llegando a su fin.

El universo feudal caracterizado por la familia como unidad productiva básica y la subordinación de los intereses individuales a los colectivos, va dando paso a la economía de mercado capitalista, resultado de la transición desde el sistema basado en la propiedad de la tierra hacia aquel fundamentado en la propiedad del dinero y el crédito. Este nuevo sistema económico reemplaza al sistema feudal. En dicho contexto se da paso a la concepción del Estado moderno, el cual mantenía una estructura basada en el poder centralizado. Dentro de este nuevo tipo de estado, el capitalismo nace y se afianza desde el ámbito mercantil, vinculándose a la banca, al comercio, a las finanzas y extendiéndose a la producción (Valdaliso y López 2008).

Trujillo (2006) sostiene que dentro del pensamiento francés de aquellos tiempos se consideraba que “las funciones públicas estaban en manos de la nobleza y el alto clero, a pesar de que eran gente extraña a la nación, por lo que debían ser considerados usurpadores, a quienes, en consecuencia, los agricultores, industriales, comerciantes, etc., tenían derecho de arrebatar esas funciones y transferir el poder de la nobleza a la nación francesa, su titular legítimo” (p.14).

En esa época, a nivel mundial, nuevos parámetros de estado estaban poniéndose en práctica. De acuerdo con Valdaliso y López (2008), en China la intervención del Estado fue intensa, llegando incluso a monopolizar la producción y distribución de algunos bienes, en cambio Europa se caracterizó por mantener un tipo de Estado que se encargaba de prestar las condiciones que favorecieran el cambio económico pero que no intervenía en la economía. Este Estado-nación se convirtió en el medio para asegurar ciertos términos de intercambio en el mercado, y fue conocido entonces como Estado Absolutista.

Durante esta etapa histórica evolucionan el intercambio de productos, ideas y servicios; y se produce el nacimiento y desarrollo de las técnicas comerciales más conocidas, tales

como el desarrollo del crédito, la banca y la creación de las sociedades mercantiles.

Los gobernantes empezaron a prestar atención a las nacientes sociedades mercantiles e invertir en ellas. Se puede apreciar como estos representantes del pueblo (lo público), al intervenir en dichas sociedades están produciendo una figura arcaica de entidad pública con régimen jurídico mixto, sin embargo, tales intervenciones eran más bien excepcionales.

Más tarde el estado en el continente europeo experimentó problemas relacionados con el financiamiento, dado que los impuestos cobrados no eran suficientes para solventar el alto gasto que este mantenía (principalmente de tipo militar) lo cual produjo un desequilibrio económico. Es debido a la necesidad de mayores ingresos que el Estado incurre en actuaciones que favorecen la extensión de la economía de mercado y los intereses del capital mercantil, promoviendo el comercio y las manufacturas como medio para asentar el poder político. Esta expansión del Estado brindó mejores oportunidades a las empresas privadas, las cuales se prestaron a brindar servicios públicos que la, todavía escasa Administración Pública, aún no podía solventar (Valdaliso y López, 2008).

Vemos cómo “la construcción del Estado absoluto y la difusión de una economía de mercado capitalista fueron dos procesos desarrollados simultáneamente en una parte de la Europa moderna” (Valdaliso y López, 2008, p102.) con lo cual el poderío de la clase terrateniente fue decayendo, hasta que desapareció por completo.

Conforme el tiempo pasa, el Estado Absolutista se transforma en Estado Liberal, producto de la revolución que propuso poner fin al poder desmedido de la clase gobernante. En esta concepción de Estado “...todos nacen libres e iguales, pero como se trata de una igualdad abstracta, esto es, la de los hombres en cuanto son concebidos por la razón como racionales y libres, se trata de una igualdad simplemente formal”, (Trujillo, 2006, p. 100) como habíamos señalado. Este tipo de Estado prevaleció hasta el siglo XIX. Posteriormente, nació el Estado Social de Derecho, que “...a diferencia del Estado liberal que no admite más realidades políticas que el Estado y el individuo, el Estado social se aproxima a la sociedad y reconoce entidades de carácter social”(Trujillo, 2006, p. 105). Una vez más el mundo era testigo del cambio en el sistema económico tradicional, gracias al intervencionismo y políticas sociales que protagonizó el Estado.

Fue así que, tras la segunda guerra mundial, en Europa se produjeron hechos como la expropiación, o socialización de aquellas empresas que fueron creadas y administradas por

privados (con lo cual se convirtieron en empresas públicas). En varios países europeos se produjo el fenómeno conocido como socialización de los medios de producción, es decir que las industrias y empresas privadas que manejaban varios de estos medios, fueron expropiadas y transferidas al Estado para su administración y gestión y éste las convirtió en públicas o de tipo social, con lo cual se procuró una recuperación económica luego de la depresión sufrida por la guerra. Dicha socialización, en teoría, se fundamentó en procurar un beneficio de los productores, y de la sociedad, mas no del Estado.

Casos emblemáticos son por ejemplo el de Francia, donde se adoptaron nuevas formas de organización económica con corte social. En Alemania del Este, en la segunda postguerra, se puso en marcha el llamado Plan Quinquenal, que impulsó la colectivización agrícola y la nacionalización del sector industrial.

En nuestro continente, específicamente en América Latina, el fenómeno de la nacionalización se produjo durante la década de los noventa. Países como Argentina, Brasil y México socializaron masivamente las empresas privadas y las volvieron propiedad del Estado (Pérez, 2012).

En lo que respecta a los inicios de la empresa pública en Argentina, éstas son las consideraciones de Rougier (2008) al respecto:

En la segunda posguerra, como sucedía en la mayor parte de las economías occidentales, el estado argentino extendió su presencia empresarial hacia un conjunto de ámbitos que fueron más allá de aquellos que se podría denominar tradicionales. El proceso se caracterizó por la nacionalización de las principales empresas de servicios de transporte y comunicaciones, e incluyó también el ingreso del estado en actividades industriales. Estas transformaciones llamaron pronto la atención de algunos analistas locales que identificaron la existencia de una “economía mixta” e incluso de cierto “capitalismo de Estado” como consecuencia del significativo rol que las empresas públicas adquirieron en la oferta, la demanda y la inversión, y por el gran tamaño de algunas de ellas en sectores estratégicos de la economía argentina. (p.1).

Se puede apreciar de lo expuesto que el Estado argentino intervino ávidamente como empresario, y que sus empresas se volvieron verdaderos gigantes en la economía de éste país, lo cual plantea el cuestionamiento de si esto produjo algún conflicto con el sector privado. En la teoría lo que se procuraba era que la empresa pública y la empresa privada

convivieran en armonía, e incluso que los objetivos de ambas puedan cumplirse de mejor manera, en beneficio de los usuarios y consumidores.

Tras los datos expuestos, considero que estos son los indicios remotos de lo que hoy se conoce como la iniciativa de instituir empresas públicas con el fin de satisfacer las necesidades del conglomerado, por parte del Estado.

Luego de esta breve introducción sobre lo que se cree es el inicio de la empresa pública y su evolución en el mundo, nos centraremos en lo que sucedió en nuestro país.

Cabe señalar que las entidades que se describirán a continuación no tienen similitud con las actuales empresas públicas, en razón de que no eran empresas propiamente dichas. Tales entidades fueron creadas o nacionalizadas por el Estado ecuatoriano con la intención de fungir como empresas públicas, sin embargo, debido a la falta de normativa y de condiciones suficientes para que puedan desarrollar las actividades propias de este tipo de organizaciones, más bien se trató de entidades más parecidas a instituciones del Estado que a otra cosa.

Considero pertinente el hacer una mención a este tipo de entidades, que se denominarán a partir de ahora empresas estatales, ya que constituyen una parte importante de la historia de la figura de empresa pública en nuestro país.

Suárez-Avilés (2004), considera que las empresas estatales de aquella época fueron aquellas en las cuales el Estado tenía participación, pero muchas de ellas no tenían una asignación directa en el presupuesto del mismo, sino que eran autónomas, se autofinanciaban.

Una las primeras empresas constituidas con fines netamente públicos, fue la empresa de ferrocarriles. Esta empresa en un inicio privada, nace gracias al impulso del presidente, doctor Gabriel García Moreno, quien en 1861 emitió un Decreto Presidencial que dio paso a la contratación para edificar el ferrocarril que uniría la sierra y la costa de nuestro país.

En el año 1896, el general Eloy Alfaro quien llegó al poder luego de la revolución liberal, decidió continuar con la construcción de dicho proyecto que permanecía inconcluso, pues él conocía de su potencial beneficio para el país.

A finales de 1897 Archer Harman y Edward Morely, contratistas estadounidenses firmaron con el Estado ecuatoriano un contrato para la construcción de lo que llegó a llamarse el ferrocarril más difícil del mundo, para lo cual se constituyó la empresa conocida como

“*Guayaquil and Quito Railway Company*”¹⁷ en New Jersey, Estados Unidos. La construcción del ferrocarril avanzó, en parte con capital que entregó el gobierno de Inglaterra y gracias a las gestiones del señor Archer Harman. La “*Guayaquil and Quito Railway Company*” fue nacionalizada en 1946, y sigue funcionando de manera irregular hasta la presente fecha, gestionando el transporte por medio del tren actualmente como una atracción turística (Pérez, 2012).

En el Ecuador también fueron creadas las empresas estatales en razón de que consideró necesario constituir éste tipo de entidades con el fin de que controlaran aspectos como la producción, un ejemplo de ello es la empresa nacional de productos vitales –EMPROVIT-, que en los años noventa se pensó en privatizar dadas las pérdidas que reportaba al Estado (solo en el año 1994 reportó 4.498 millones de sucres en gasto corriente)¹⁸.

Así mismo existieron áreas en donde los empresarios privados no estaban dispuestos a incursionar, (principalmente en razón de la baja utilidad que podían adquirir), y ya que eran sectores importantes para el desarrollo de la sociedad, el Estado estuvo obligado a participar en los dichos sectores a través de las empresas estatales.

En el año 1972 el Comandante General de las Fuerzas Armadas Guillermo Rodríguez Lara, asumió el poder instaurando una dictadura militar que impidió la celebración de elecciones populares.

El General Rodríguez “propuso un plan de Gobierno Nacionalista y Revolucionario integrado por dos documentos principales (Principios filosóficos y plan de gobierno y el Plan nacional de integración y desarrollo), con ligeras influencias de la tendencia de izquierda progresiva puesta en boga en Perú por el general Juan Velasco Alvarado(...)” (Lara, 2010, p.285).

Fue durante esta década cuando se intensificaron las explotaciones de petróleo en el oriente ecuatoriano, lo cual trajo importantes ingresos al país. Desde el inicio se lograban explotar hasta 200.000 barriles diarios, a cambio de los cuáles se obtenían las divisas que constituyeron la fuente principal de ingresos del Estado.

El Ecuador pasó entonces de tener una economía basada en la exportación (siendo conocido internacionalmente como el país exportador de cacao, y posteriormente banano

¹⁷ La traducción al español es: Compañía de trenes de Quito y Guayaquil.

¹⁸ Datos tomados del artículo “¿Una privatización distinta?” de Diario El Hoy del 13 de abril de 1994.

por excelencia) a perfeccionar la venta del petróleo extraído del oriente, lo cual trajo un importante desarrollo en la sociedad, con lo cual se produjeron los fenómenos de industrialización y centralización del poder económico en el sector urbano.

Durante esta época “las Fuerzas Armadas obtuvieron la consolidación legal de algunos de sus privilegios y fueron creadas varias importantes empresas castrenses como la Flota Petrolera Ecuatoriana y permitida la participación en variadas empresas (...) de capitales estatales vinculados a la defensa nacional, bajo la denominación genérica de industrias militares.” (Lara, 2010, p.287), dichas empresas eran administradas a través de la Dirección Nacional de Industrias del Ejército (DINE). Un ejemplo fue la empresa de Fabricaciones Militares Ecuatorianas –FAME- especializada en confección de ropa.

La tendencia adoptada por nuestro país fue la de un modelo tendiente a que el Estado impulse la creación y el desarrollo de la industria nacional, con el fin de que aminorar poco a poco, la dependencia que se mantenía de la importación de varios productos para consumo local.

Es por esta razón que varias empresas fueron creadas o nacionalizadas según el caso, durante ésta década.

TABLA 1.

Detalle de las más importantes empresas estatales en el Ecuador.

NOMBRE	ÁREA	AÑO DE CREACIÓN	OBSERVACIONES
Empresa Eléctrica Quito	Energía eléctrica	1937	En sus inicios se la conoció como “la Eléctrica” y fue una empresa privada que más tarde fue adquirida por el Municipio de Quito.
INECEL, Instituto Ecuatoriano de Electrificación,	Energía eléctrica	1961	Antes de su creación los municipios eran los encargados de administrar éste sector. Con su gestión se logró integrar el sistema nacional antes formado muchas empresas eléctricas

NOMBRE	ÁREA	AÑO DE CREACIÓN	OBSERVACIONES
CEPE, Corporación Estatal Petrolera del Ecuador	Hidrocarburos	1971	Creada con un corte nacionalista para la explotación de los recursos petroleros en la Amazonía de forma eficiente.
IETEL, Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones	Telecomunicaciones	1972	Funcionó como tal hasta 1992 cuando se separó en Andinatel y Pacifictel.
Ecuatoriana de Aviación	Aviación	1974	Fue creada como una empresa privada y nacionalizada durante el gobierno del presidente Guillermo Rodríguez Lara.
ENPROVIT, Empresa Nacional de Productos Vitales	Comercialización de productos básicos	1977	El objetivo de la Empresa fue el de surtir alimentos básicos a la población de menos recursos y regular los precios.
ENAC Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización	Almacenamiento de productos agrícolas	1977	Se dispuso su liquidación en 1997, y en el año 2007 se creó la Unidad Nacional de Almacenamiento con el fin de cumplir con proporcionar a los productores de granos básicos servicios integrales de almacenamiento, garantizar la soberanía y seguridad alimentaria, entre otros.
(TRANSNAVE) Transportes Navieros Ecuatorianos	Transporte comercial marítimo y fluvial, dentro y fuera del país, de carga y pasajeros.	1971	Actualmente continúa en funcionamiento.

NOMBRE	ÁREA	AÑO DE CREACIÓN	OBSERVACIONES
(FLOPEC)Flota Petrolera ecuatoriana	Transporte marítimo de hidrocarburos y otros recursos naturales.	1973	Fue creada con la participación del 55% en sus acciones a nombre de Transnave (empresa estatal) y el 45% restante a la empresa japonesa Kawasaki Kisen Kaisha.
Empresa de Correos Nacionales	Gestión de servicios postales a nivel nacional.	1971	Se esperaba brindar un mejor servicio.
Elaboración: Creación de la autora basada en datos recopilados de las obras de Jaramillo (2011) y Pérez (2012), así como en la investigación efectuada a las reseñas históricas de dichas entidades.			

Recordemos que en el año 1978 nuestro país retornó al orden constitucional, tras el plebiscito convocado por el Consejo Supremo de Gobierno, donde se eligió entre dos constituciones y se efectuó el sufragio popular que en 1979 dio como resultado la elección del abogado Jaime Roldós Aguilera como Presidente de la República.

El Estado ecuatoriano procuró entonces incursionar de forma más intensa en la administración de empresas estatales, en un principio siguiendo la línea intervencionista que regía la economía mundial, Barrionuevo (2006) considera que “la tendencia hacia las formas socialistas de urbanización nacional se planteó claramente en la década del setenta (...) las fuerzas democráticas, reconociendo la especificidad de cada realidad nacional, desarrollaron(...)un socialismo con características propias nacionales, aprovechando la riqueza del socialismo mundial” (p.44).

El presidente Roldós “puso en marcha el Plan Nacional de Desarrollo preparado por el vicepresidente Hurtado Larrea y el Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), con tres objetivos básico: desarrollo económico, justicia social y consolidación democrática.” (Lara, 2010, p.305).

Fue durante esta época en que, tal como Trujillo (2006) manifiesta, “la intervención del Estado se desplazó de lo social a lo económico, mediante el empleo de diversos mecanismos” y acota que durante esos años “entre las medidas económicas se destacan la organización y gestión de empresas de propiedad del Estado (...) (p. 104)”.

Otra de las primeras empresas constituidas fue la empresa de abonos del Estado (Pérez, 2012), la cual fue creada a finales de la década de 1980 para el aprovechamiento del guano en la región costera de nuestro país, gracias a que durante el gobierno del presidente Rodrigo Borja se instauró una política de desarrollo agrario, con varios subsidios al sector industrial y a la población y que “mantuvo una serie de servicios del sector público con precios subsidiados a través de toda la economía, tanto en los mercados de productos como de factores, variando desde productos de petróleo a electricidad, servicios de riego, semillas, fertilizantes(...)” (Whitaker, 1998, p. 24). Dicha empresa fue liquidada en los años 90.

Durante dicha década el Ecuador poco a poco entró en una severa crisis económica.

El Estado “desarrollista” enfrentó el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones y tuvo que dar cuentas sobre la amplia deuda contraída que trajo graves consecuencias, llevando al país a lo que se consideró un retroceso económico. En el ámbito privado, el proteccionismo del Estado causó que los empresarios descuidaran la continua mejora de la productividad (Jaramillo, 2011).

En lo que respecta al aspecto empresarial del Estado, este fue considerado en la generalidad, como un mal administrador, en razón de que las empresas estatales que constituyó o hizo suyas a través de la nacionalización, no cumplían los fines para los que fueron creadas y ya que existían una falta de eficacia en la prestación de los servicios públicos y una escasa productividad, así como una gran pérdida de recursos, en razón de los elevados costos que se necesitaban para la manutención de éstas industrias. La falta de motivación fue notoria al constatarse la poca productividad que estas entidades declaraban (Jaramillo, 2011).

Acosta (2000) señala que durante los años de proteccionismo e intervencionismo por parte del Estado:

El monto de la deuda externa ecuatoriana creció en casi 22 veces: de 260,8 millones de dólares al finalizar 1971 a 5.869,8 millones cuando concluyó el año 1981. Esta deuda pasó del 16% del PIB en 1971 al 42% en 1981. Es preciso anotar que, en este mismo período, el servicio de la deuda externa experimentó un alza también espectacular: en 1971 comprometía 15 de cada 100 dólares exportados, mientras que diez años más tarde a 71 de cada 100 dólares. (p. 7).

La crisis de los años ochenta no se vivió solo en nuestro país, también fue evidente a nivel internacional. Esto conllevó a la búsqueda de alternativas que sustituyeran el “desarrollismo” o intervencionismo por parte del Estado. Dentro de éste contexto una de las nuevas ideologías más populares y con mayor acogida fue la conocida como neoliberalismo.

Para Anderson (2003), “El neoliberalismo nació después de la Segunda Guerra Mundial, en una región de Europa y de América del Norte donde imperaba el capitalismo. Fue una reacción teórica y política vehemente contra el Estado intervencionista y de Bienestar.” (p.11).

Dicha corriente económica llegó a América Latina como la novedad que pretendía sacar a los países subdesarrollados de la crisis económica¹⁹ que vivían desde la década de los ochenta, despertando una intensa polémica y dando pie a valoraciones tanto afines como detractoras, pero principalmente fue visto para el gobierno ecuatoriano (que mantuvo una orientación política – ideológica afín a dicha corriente en los años noventa), como un freno necesario al intervencionismo estatal, razón por la cual se debatió la posibilidad de las privatizaciones en el sector público-empresarial, y se llevó a cabo el conocido proceso de modernización del Estado ecuatoriano.

La clase gobernante se decidió entonces a aplicar la doctrina económica conocida como neoliberalismo en el modelo económico del país y llevó adelante los planes de modernización del Estado, proponiendo acciones para la desregulación y disminución del tamaño del sector público. También se promulgaron normas que permitieran la apertura de los mercados, la no intervención en los mismos por parte del Estado y, por supuesto, la privatización de los sectores estratégicos y de la prestación de servicios públicos.

El presidente en ese entonces, arquitecto Sixto Durán Ballén, tal como lo expresa Lara (2010):

Para afrontar los muy graves problemas económicos del país, heredados de administraciones anteriores, confió su conducción al Vicepresidente de la República

¹⁹ De acuerdo con el artículo “Modernización del Estado y privatizaciones” de Diario El Hoy del 20 de noviembre de 2001, en América Latina las privatizaciones fueron lideradas por Chile. En los años noventa, la venta de empresas estatales superaron los \$100 000 millones, para lo cual se contó con el apoyo técnico y financiero de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional.

economista Alberto Dahik Garzosi, (...) [quien] implementó, para sortear la extremadamente difícil situación el país una política económica de claro signo neoliberal, dócil a los lineamientos del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. (p.331).

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, fue una de las normas que mayoritariamente recogía los principios del neoliberalismo. Entre los considerandos de dicha ley se puso de manifiesto que la crisis económica que agobiaba al país desde los inicios de la década de los ochenta, continuaba en los años noventa, y no se encontraba una solución que definitivamente permita superar las abundantes injusticias sociales existentes.

Durante ésta época se hizo más fuerte la idea de que el Estado había auxiliado a la empresa privada en la explotación de actividades empresariales (tomando a su cargo varias de dichas actividades por medio de empresas estatales), que a la larga se convirtieron en duras cargas económicas para todos los ecuatorianos. Con éstas premisas se desvirtuaron por completo los principios de equidad social y accesibilidad a los servicios, así como la explotación de los sectores estratégicos por parte del Estado en pos de una nacionalización de los recursos; con lo cual desapareció la base ideológica y posteriormente jurídica de la empresa estatal en nuestro país.

Se “satanizó” la intervención directa del Estado a través de las empresas de su propiedad, prestando solo atención a las consecuencias negativas de su gestión, sin tomar en cuenta que muchas de las razones por las que no se consiguieron los fines planteados no estaban directamente relacionadas con la forma en la que se concibió a esta figura, sino con la manera en que éstas entidades fueron gobernadas y administradas así como la casi inexistente legislación que normase sus procedimientos.

La Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, fue la norma que regularizó la forma en la que el Estado retiraría su capital de las empresas estatales y trasladaría las actividades que éstas efectuaban al sector privado. En un inicio se planteó hacerlo a través de la liquidación de varias de las empresas que el Estado creó y/o nacionalizó.

La iniciativa fue normada de acuerdo al contenido del artículo 6 de ésta Ley, que concedió a la Administración Pública la facultad de delegar a la iniciativa privada por excepción y mediante concesiones, el ejercicio de la actividades de producción, transporte,

almacenamiento y comercialización de los hidrocarburos y demás minerales; generación, distribución y comercialización de fuerza eléctrica, los servicios de telecomunicaciones; la producción y distribución de agua potable, siempre y cuando se den las circunstancias dispuestas por la ley, como por ejemplo que la administración de estas actividades económicas tengan un impacto negativo en el presupuesto del sector público.

A finales de la década de los noventa, entre la inestabilidad económica y política que se estaba viviendo, el país apoyó la conformación de la Asamblea Constituyente en el año 1997, la cual inició su actividad en Sangolquí, con el fin de redactar una nueva Constitución que reemplazaría a la que estaba vigente desde el año 1978. La Asamblea Nacional Constituyente finalizó sus funciones en la ciudad de Riobamba, el 5 de junio 1998, tras terminar de elaborar el texto de la nueva Constitución Política²⁰, cuyas disposiciones sobre los temas que se están estudiando en el presente trabajo también se dirigían a recortar el tamaño del Estado y procurar que, si bien se garantizara una correcta prestación de los servicios públicos, esta podía ser hecha a través de las empresas privadas por medio de la figura de concesión y también a través de empresas mixtas, donde el Estado tendría un porcentaje en la inversión de capital junto con el sector privado.

En cuanto a las empresas de propiedad del Estado en el artículo 245 de la Constitución Política de 1998, se dispuso que “La economía ecuatoriana se organizará y desarrollará con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará”.

Así mismo en el artículo 249 se estableció que:

Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

²⁰ Constitución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 del 11 de Agosto de 1998.

En el año 2000 se promulgaron la Ley para la Transformación Económica del Ecuador²¹ (conocida como Ley Trole I) y la Ley Para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (conocida también como Ley Trole II)²², que contenían reformas a varias leyes y cuyo propósito era impulsar la inversión privada, así como emitir las disposiciones necesarias para facilitar que sean empresas de dicho sector, las que intervinieran en la explotación de los sectores estratégicos (Jaramillo, 2011).

Siguiendo la línea neoliberal adoptada por nuestro país, se privatizó una gran parte de los servicios que eran brindados anteriormente por el Estado.

Ante estos eventos, la presión social por medio de marchas y paros continuos, boicoteó los procesos e iniciativas impulsados por el gobierno, quedando en claro la intención del pueblo de no acoger la idea de privatización de los servicios públicos más importantes, ni de las actividades que pertenecen al sector conocido como estratégico.

Los gobiernos de los años noventa e inicios de la década del dos mil, salieron del poder dejando atrás los lineamientos para que el Ecuador continuara actuando en base a una ideología neoliberal, sin embargo tras el triunfo del economista Rafael Correa en el año 2007, el gobierno adoptó ciertas medidas de corte socialista y nacionalista que diferían de dichos lineamientos.

Como ejemplos de las medidas aplicadas se pueden mencionar la instauración de medios para veedurías ciudadanas que apuntaron a poner freno a la corrupción existente, el brindar crédito a microempresarios y artesanos con lo cual se promovió el desarrollo de la pequeña y mediana industria y se incrementó el presupuesto anual para los sectores de educación y salud.

Cabe señalar que durante el gobierno del economista Rafael Correa, el Ecuador mantuvo ingresos mayores a otros gobiernos:

En el año 2007 se incorporaron al presupuesto 1.300 millones de dólares, correspondientes a los fondos petroleros y 2.500 millones se obtuvieron entre 2007 y 2008 como ingreso extraordinario por el incremento en el precio del petróleo. En total, el Gobierno Central (sin considerar los organismos autónomos y las empresas públicas) tuvo recursos por aproximadamente 24,400 millones hasta marzo de 2009, esto es alrededor del 50% del

²¹ Ley publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo del 2000.

²² Ley publicada en el suplemento del Registro Oficial No.144 del 18 de agosto del 2000.

PIB, ingresos por encima de lo obtenido por cualquier otro gobierno en la historia del Ecuador.²³

Cabe acotar que existen autores quienes consideran que las políticas del gobierno de Correa apuntan más bien hacia un “capitalismo de Estado”.

Dávalos (2014) considera al respecto que: “(...) la inversión pública realizada en el período 2007-2013 estuvo desconectada de la reactivación productiva nacional porque tuvo otro destino: aquel de crear las condiciones de posibilidad para la privatización territorial que es inherente a las reformas estructurales de tercera generación, la convergencia jurídica y la geopolítica del sistema-mundo capitalista.” (p.3).

Se puede concluir que en nuestro país la temprana figura de empresa pública, su estudio, análisis y la promulgación de legislación rectora, no fueron desarrollados a plenitud, a pesar de que conforme avanzaron los años dichas entidades fueron cada vez más numerosas, en parte gracias a que la ideología intervencionista del Estado por medio de estas figuras en los años setenta, entró en boga entre los gobiernos latinoamericanos.

El gobierno de Rafael Correa procuró que el Estado intervenga de nuevo en la economía, y junto al voto de la mayoría de los ciudadanos en la consulta popular propuesta por él en el año 2008, y tras la conformación de la Asamblea Constituyente, se expidió la Constitución de la República, que establece las directrices para implantar una estrategia política denominada como la “recuperación de lo público”, diametralmente contraria a los principios neoliberales, al menos conceptualmente.

En el artículo primero de dicha Constitución se dispone que el Ecuador sea un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

Es así que el gobierno ecuatoriano replanteó su gestión de prestación de servicios públicos y la encaminó a satisfacer las necesidades de las personas de forma más directa, también decidió hacerse cargo de los sectores estratégicos por medio de la constitución de empresas públicas. El Estado pasó entonces una vez más de ser un ente meramente regulador, a un empresario activo.

²³ Información tomada del artículo publicado en la revista “Industrias” de la Cámara de Industrias de Guayaquil, volumen 08 de agosto del 2009 del autor Roberto Villacrés, recuperado de la página web <http://www.ieep.org.ec>.

La Constitución de la República, en el artículo 313 del Capítulo quinto titulado “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas” establece que: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.”.

Cabe destacar que en el artículo 316 se deja abierta la posibilidad de delegar a empresas mixtas y, excepcionalmente, a empresas privadas o a la economía popular y solidaria, la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos (siempre que el Estado tenga la mayoría accionaria en el caso de las primeras). Dicha delegación debe estar sujeta al interés nacional y respetar los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

Finalmente en el artículo 315 la Constitución dispone que el Estado constituya empresas públicas para la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, entre otras actividades.

Se puede apreciar con esta disposición un claro ejemplo de las diferencias existentes al respecto, entre la Constitución del año 2008 y la Constitución del año 1998, puesto que la primera ha dispuesto que para la prestación de servicios y la gestión de sectores estratégicos se deben constituir empresas públicas, y solo excepcionalmente se lo hará a través de empresas mixtas o privadas, mientras que la segunda establecía que dicha prestación sería preferentemente realizada por medio de concesiones a empresas privadas o empresas mixtas.

Continuando con el tema, una vez se promulgaron dichas disposiciones, fue necesario normar de manera más específica la labor de la empresa pública puesto que, de cierta forma, era una figura nueva. La mayoría de sus predecesoras fueron liquidadas durante el neoliberalismo, como se explicó. Por ésta razón en el año 2009 se promulgó la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En dicha Ley se detallan de mejor manera las disposiciones que regirán la gestión de las empresas públicas por ejemplo, cómo serán constituidas, su organización y funcionamiento, los temas relacionados con la fusión, escisión y liquidación de las mismas, entre otras.

Es así que por primera vez se crea un marco regulador específico para la actividad de la empresa pública en nuestro país.

1.3.1 Creación de las empresas públicas en el Ecuador.

En el Ecuador, una vez que la Constitución de la República dispuso la creación de la empresa pública; mediante la Ley Orgánica de Empresas Públicas se establecieron las formas en las que es posible constituir este tipo de entidades.

En el artículo quinto de dicha Ley se establece que la Función Ejecutiva se haya facultada para crear empresas públicas, lo cual se realiza a través de un decreto ejecutivo.

Con la finalidad de ampliar las regulaciones al respecto, el primero de marzo de 2013, se expidió el Decreto Ejecutivo número 1064²⁴ donde se emiten las directrices para la creación de empresas públicas por parte de la Función Ejecutiva. En el artículo primero de este Decreto se dispone que las entidades y organismos de la Función Ejecutiva que gestionen la creación de empresas públicas deberán solicitar y obtener de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo -SENPLADES-, un documento llamado “Informe previo de pertinencia”, efectuado en base al proyecto que se presente, para el correspondiente análisis y consideración. Dicho proyecto debe contener varios puntos como por ejemplo los objetivos de creación de la empresa, el análisis de rentabilidad, entre otros. Una vez se ha realizado el análisis, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo emitirá un informe que será remitido a la entidad solicitante.

En la disposición transitoria del Decreto Ejecutivo 1064 se dispuso que la SENPLADES tendría un plazo de 30 días, contados a partir de la vigencia de dicha norma, para expedir la Norma Técnica que contendrá el procedimiento y los requisitos para la aprobación del informe previo a la creación de empresas públicas; sin embargo, dicha norma no ha sido elaborada aún, lo cual no ha evitado que la Función Ejecutiva haya creado y/o modificado los estatutos de más de una veintena de empresas públicas mediante decretos emanados por ella.

Entre las que fueron creadas están la Empresa Pública de Fármacos del Ecuador – ENFARMA-, la Empresa Pública de Televisión y Radio del Ecuador (RTV Ecuador), la Empresa Pública de Desarrollo Estratégico Ecuador Estratégico y Petroamazonas. (Garcés, 2012).

²⁴ Decreto publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 651 del primero de marzo de 2012.

Así mismo en el numeral segundo del artículo 5 de la LOEP, se faculta a los gobiernos autónomos descentralizados o GADs a crear empresas públicas a través de actos normativos legalmente expedidos.

La Constitución de la República en el artículo 238 determina que los gobiernos autónomos descentralizados sean los siguientes:

- Juntas Parroquiales Rurales
- Concejos Municipales
- Concejos Metropolitanos
- Consejos Provinciales y
- Consejos Regionales

Cabe recalcar que de conformidad con la Constitución los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales, y las juntas parroquiales rurales tendrán facultades meramente reglamentarias, por ende estas últimas no están facultadas para constituir empresas públicas²⁵.

Asimismo se establece que los GADs gozarán de autonomía política, administrativa y financiera.

Los gobiernos autónomos descentralizados “son la expresión institucional de la organización territorial del Estado, ya que un gobierno autónomo descentralizado interviene en cada nivel de organización territorial: el gobierno regional autónomo en la región, el gobierno provincial en la provincia, el gobierno municipal en el cantón y el gobierno parroquial en la parroquia rural” (Suing 2011, p.19).

En razón de que el artículo 8 de la LOEP establece que: “en el caso de empresas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado, la presidencia del Directorio estará a cargo de la autoridad que designen los representantes legales de dichos gobiernos.”, se entiende que las empresas públicas pueden ser creadas por uno o conjuntamente por más de un GAD.

Con la opción de que los GADs tengan la capacidad de crear empresas públicas, se ha procurado descentralizar la actividad empresarial del Estado, convirtiéndose éstos en parte

²⁵ Artículo 240 de la Constitución de la República.

del mecanismo del gobierno que procura el alcance de los objetivos sociales planteados.

Gordillo (como se citó en Dromi, 1976) al respecto de la descentralización y desconcentración manifiesta que “en la desconcentración el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquél a quien se resta competencia”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización²⁶ - COOTAD- establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en cuanto al territorio; en dicho Código se han emitido las disposiciones necesarias para alcanzar un modelo de descentralización obligatoria y progresiva, a través de los gobiernos autónomos.

En el artículo 4 del COOTAD se dispone que uno de los fines que persiguen los gobiernos autónomos descentralizados, es el de alcanzar un desarrollo planificado participativamente para transformar la realidad y el impulso de la economía popular y solidaria, con el propósito de erradicar la pobreza, distribuir equitativamente los recursos y la riqueza, y alcanzar el buen vivir. Para el cumplimiento de esta finalidad los gobiernos autónomos pueden valerse de la creación de empresas públicas.

La creación de la empresa pública por parte de los GADs se realiza a través de la promulgación de una ordenanza normativa. Cada gobierno autónomo descentralizado (con la excepción de las juntas parroquiales como se ha explicado) dispondrá la normativa interna que regule el contenido obligatorio de ésta ordenanza, ya que no existen a nivel nacional disposiciones al respecto.

La ordenanza es el acto normativo por medio del cual el GAD expide las disposiciones necesarias para efectuar la administración dentro del espacio territorial que le corresponde. Estas normas versan sobre temas de interés general y son de obligatorio cumplimiento.

Por ejemplo, en el caso del gobierno provincial del Guayas, el Honorable Consejo Provincial expidió el 30 de agosto de 2010, la ordenanza que regula la creación y funcionamiento de las empresas públicas del gobierno autónomo descentralizado del Guayas, por medio de la cual se detallan las regulaciones generales que deben constar en las ordenanzas de creación de cada empresa pública.

²⁶ Código publicado en el Suplemento del Registro Oficial 303 del diecinueve de octubre de 2010.

Esta ordenanza solo rige para el caso de la constitución de empresas públicas efectuada solamente por parte del gobierno autónomo descentralizado del Guayas, y no en los casos en que éstas se hacen en conjunto con la Función Ejecutiva.

Esta es la tercera forma en que es factible la constitución de una empresa pública: mediante escritura pública realizada por la Función Ejecutiva y uno de los GADs. En este caso el Presidente de la República deberá emitir un decreto ejecutivo, y la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado expedirá la correspondiente ordenanza con su decisión²⁷.

A más de las disposiciones de la LOEP, no se ha expedido normativa que regule de manera más detallada el procedimiento de creación de empresas públicas bajo dicha premisa. Hasta el momento no ha sido creada ninguna empresa de esta manera.

Existe una cuarta opción para la creación de las empresas públicas en nuestro país, y esta se encuentra contenida en el mismo artículo 5 de la LOEP, en el cual se faculta a las universidades públicas para constituir este tipo de entidades, y también para crear empresas mixtas. Esto se efectuará a través de una resolución expedida por el máximo organismo universitario competente, donde se determinará todo lo relacionado con la administración y funcionamiento de la empresa.

Cabe señalar que en el último párrafo del artículo quinto, la LOEP dispone que tanto en el decreto ejecutivo, como en la ordenanza, o resolución de la máxima autoridad de la universidad pública, se detallen los bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio con el que inicia la empresa.

En resumen, legalmente hay cuatro modalidades a través de las cuáles se pueden constituir empresas públicas, sea por parte de la Función Ejecutiva, por parte de alguno de los gobiernos autónomos descentralizados (con excepción de las juntas parroquiales), por parte de la Función Ejecutiva y el GAD y, finalmente, también por parte de una universidad pública.

Cabe mencionar una quinta forma en la que es posible crear una empresa pública que es la conocida como nacionalización, en la cual una empresa que nació como privada, en virtud del interés colectivo, es tomada por el Estado para el cumplimiento de sus fines (Pérez, 2012).

²⁷ Numeral 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Se puede entender que en dicha figura existe una confiscación por parte del Estado a la propiedad privada, usando su potestad para “pasar por encima” de los intereses particulares en pro de los intereses sociales. La nacionalización comprende la expropiación por parte del Estado de un área de la economía.

Tal como se explicó en el apartado sobre la historia de la empresa pública en el Ecuador, en principio esta figura nació a través de la nacionalización de varias empresas privadas que mantenían su actividad económica en nuestro territorio.

En tal sentido, se considera a la nacionalización como:

La apropiación y control por el Estado de actividades económicas, de producción, distribución o cambio. Normalmente implica una indemnización a los anteriores dueños, que habitualmente suele pagarse en bonos del Estado, no inmediatamente convertibles. Para hacerla se han argumentado razones de eficiencia económica (...) y de mayor justicia social (...). Suelen ser objetivos típicos de la nacionalización las industrias básicas, los transportes, la banca y las industrias militares. También suele llamarse nacionalización al proceso de apropiación por compra, por parte de ciudadanos de la nación, de empresas creadas por extranjeros. (Arnoletto, 2007, p. 59).

No existe ni en la Constitución ni en la ley normativa específica acerca del procedimiento que debería cumplir la Administración Pública para expropiar los activos de una empresa privada, sin embargo, es posible realizarlo ateniéndose a los requisitos contemplados en el Código de Procedimiento Civil o en el COOTAD(Pérez, 2012).

1.3.2 Clases de empresas públicas en el Ecuador

Con el fin de realizar una clasificación de la empresa pública en nuestro país es preciso referirse al órgano competente para crearlas, (lo cual fue analizado en el apartado anterior), en tal sentido existen cinco tipos de empresas públicas:

- a) Creadas por la Función Ejecutiva.
- b) Creadas por los gobiernos públicos autónomos (uno o más de uno).
- c) Creadas entre el ejecutivo y los gobiernos públicos autónomos.
- d) Creadas por las universidades públicas.

e) Nacionalizadas.

En lo que respecta a las empresas que no son consideradas como públicas, pero que se encuentran en un área gris de la legislación, dentro de las que encontramos a las empresas de economía mixta, en las cuáles el Estado mantiene una participación mayoritaria en el capital, si bien estas de cierta manera se mueven también en un universo de normativa tanto privada como pública, es necesario aclarar que estas son reguladas por la Ley de Compañías²⁸ ya que a estas entidades le son aplicables las disposiciones relativas a la compañía anónima²⁹. La Constitución hace referencia a dichas entidades, cuando dispone que el sistema económico se integre por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria.

Es así que “desde el punto de vista jurídico, la compañía de economía mixta es una modalidad de la compañía anónima, en la que siempre concurrirá el aporte del sector público y el del sector privado. Por lo dicho, la de economía mixta es una compañía capitalista” (Ramírez, 2013, p. 126).

En el artículo 308 de la Ley de Compañías se dispone que el Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, puedan participar, juntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de la empresa de economía mixta.

En el siguiente artículo, la Ley de Compañías establece que dicha facultad corresponderá a empresas que estén dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo y a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.

En el artículo 4 de la LOEP se establece que las empresas públicas pueden crear empresas subsidiarias mercantiles de economía mixta, en las que el Estado o sus instituciones tienen una mayoría accionaria, así mismo es posible la constitución de filiales que, de acuerdo a la Ley, son consideradas sucursales de la empresa pública matriz y deben ser administradas por un gerente.

Finalmente las agencias y unidades de negocio son áreas administrativo-operativas de la

²⁸ Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

²⁹ Artículo 311 de la Ley de Compañías.

empresa pública, que deberán ser dirigidas por un administrador con poder especial, para el cumplimiento de las atribuciones a él/ella conferidas³⁰.

Las antes mencionadas no son consideradas como empresas públicas, y no comparten las características que la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Empresas Públicas les atribuyen a dichas entidades.

Conforme la disposición transitoria segunda de la LOEP, las sociedades anónimas en las que el Estado era el accionista único se debían disolver de manera forzosa y pasar a ser empresas públicas, de conformidad con los presupuestos contenidos en el respectivo documento de creación (decreto ejecutivo, ordenanza o resolución).

Con respecto a las sociedades anónimas en las que el Estado era el accionista mayoritario, y únicamente en las que cuyo objeto social era la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, se dispuso una serie de procedimientos de acuerdo a las circunstancias, que debían ser llevados a cabo por el Ministerio Rector del sector eléctrico, actual Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.

1.3.3 Estructura administrativa de las empresas públicas en el Ecuador

Tal como se explicó en el inicio del presente trabajo, las organizaciones son parte de la naturaleza humana y constituyen un importante fundamento para la construcción de la sociedad humana.

La empresa pública es una organización que tiene como misión el cumplimiento de fines de tipo social, pero al mismo tiempo, objetivos que tienen que ver con el desempeño de los procesos relacionados con la actividad productiva, puesto que, pese a ser una sociedad de derecho público es una empresa.

Dentro de dicho contexto la empresa pública necesita estructurarse en todos los sentidos, pues debe funcionar como una organización eficiente y eficaz, que consiga alcanzar los objetivos económicos para los que fue constituida.

Se considera como estructura el sistema que subyace en el interior de las organizaciones de

³⁰ Último párrafo del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

acuerdo al cual éstas funcionan. La estructura organizacional es uno de los mecanismos por medio del cual las empresas alcanzan sus metas.

Mintzberg (2012) considera que “La estructura de la organización puede definirse simplemente como el conjunto de todas las formas en que se divide el trabajo en tareas distintas, consiguiendo luego la coordinación de las mismas.” (p. 26).

Ahora bien, en lo que respecta a la estructura administrativa, ésta se entiende como la forma en que se distribuyen las competencias por parte del talento humano que labora en la empresa.

En las empresas públicas el tema tendiente al talento humano resulta especial, en razón de la confluencia del derecho público y privado en dichas entidades. En acápite posteriores se analizarán estos temas.

Comúnmente en la estructura administrativa existen dos tipos de divisiones, en primer lugar la división horizontal que versa sobre la repartición de actividades en los diferentes niveles, y en segundo lugar la vertical, conocida también como la pirámide administrativa; explicada de forma más amplia en la obra de Idalberto Chiavenato.

De acuerdo con la pirámide administrativa existen tres niveles, el superior o estratégico donde se efectúa la administración política de la organización, el nivel intermedio o táctico donde se encuentran las personas designadas para cumplir con un rol de ejecución o dirección y finalmente el nivel inferior, donde se encuentran los elementos con conocimientos suficientes para realizar labores técnicas u operativas.

En el título tercero de la LOEP, titulado “De la dirección y administración de las empresas públicas”, se establece que los órganos de dirección y administración de las empresas públicas son el directorio y la gerencia general.

En el último párrafo del artículo seis, la LOEP establece la facultad de las empresas públicas de crear las unidades necesarias para su desarrollo y gestión, que serían las encargadas del aspecto operativo de la sociedad.

La LOEP dentro del mismo título, en el Capítulo primero dispone que el directorio de las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva, estará integrado por la o el ministro del ramo que corresponda a la actividad de la entidad (o su delegado) el titular del organismo nacional de planificación, actualmente la SENPLADES y un miembro designado por el Presidente de la República, quienes deberán acreditar conocimiento y

experiencia en el área correspondiente a la actividad de la empresa pública, además de los requisitos que se establezca en el decreto ejecutivo de constitución.

En lo que respecta a las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o entre éstos y la Función Ejecutiva, el Directorio deberá conformarse por el número de miembros que se establezca en el acto normativo de creación (no más de cinco), quienes deberán cumplir los requisitos que se dicten para acceder a dicha nominación.

Una vez conformado el Directorio, es pertinente se nombre a una persona que cumpla las funciones de presidente, que en el caso de las empresas creadas por la Función Ejecutiva, las ejercerá el Ministro del ramo correspondiente o su delegado permanente y, en aquellas empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, será quien ostente el cargo de alcalde, prefecto, o gobernador regional, (o su respectivo delegado, quien deberá ser un funcionario del gobierno autónomo descentralizado).

En el caso de empresas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado, la presidencia del Directorio estará a cargo de la autoridad que designen los representantes legales de dichos gobiernos. En las empresas creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, la presidencia la ejercerá quien sea elegido de entre los miembros principales del Directorio³¹.

La LOEP no emite disposiciones al respecto de la estructura administrativa de las empresas públicas creadas por las universidades, pero se puede entender que se estará acorde a lo dispuesto en el documento de creación.

Una empresa que cumpla con los parámetros de una estructura acorde a los principios de la ciencia administrativa y la ciencia jurídica, se convertirá en un aparato productivo que sea parte del mecanismo del Estado para el alcance de sus finalidades sociales.

1.3.4 Finalidades de la empresa pública en el Ecuador

Con el fin de realizar un acercamiento a la figura actual de empresa pública en el Ecuador, en el presente trabajo se han expuesto diversos datos así como se ha referido normativa y se han incluido conceptos doctrinales que permitan ampliar el conocimiento de ésta figura con el fin de brindar un análisis detallado de dichas entidades.

³¹ Artículo 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La empresa pública en nuestro país es una figura con la que se espera una recuperación del “...rol empresarial del Estado en la economía, para explotar las áreas estratégicas, evitar las prácticas monopolísticas, oligopólicas y demás comportamientos lesivos que afectan la sana competencia económica, y para garantizar a los consumidores o usuarios su acceso a los servicios y bienes públicos de interés general.” (Jaramillo, 2011, p. 135).

Es así que, la empresa pública es parte del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 225 de la Constitución de la República, donde se ha dispuesto que son parte del sector público aquellos organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

La empresa pública constituye entonces un medio para la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, así como para que el Estado cumpla con la responsabilidad de proveer los servicios públicos de forma directa. La empresa pública también es una herramienta para que el Estado aproveche de forma sustentable los recursos naturales y efectúe cualquier otro tipo de actividad económica que considere necesaria.

En tal sentido las finalidades de la empresa pública son necesariamente las finalidades del Estado, pues éste ha sido concebido como un medio para alcanzar los objetivos de sus administrados.

Es así que el Estado “...tiene fines que son *objetivos invariables y de cumplimiento imperativo*. *Objetivos* porque no dependen del arbitrio humano ni en su existencia, ni en su naturaleza. *Invariables* porque corresponden a todo Estado y en cualquier circunstancia de tiempo y lugar. *De cumplimiento imperativo* porque estos fines justifican que exista (...). El fin que explica la *ratio essendi* del Estado es el bien común.” (Dromi, 1973, p21).

Se presenta ahora la interrogante de qué es el bien común, y por qué constituye el fin último del Estado.

Para aclarar el concepto es necesario iniciar con lo que no es el bien común, puesto que generalmente se tiende a pensar en éste como la suma de todos los bienes singulares (o algunos de ellos) que forman parte de una comunidad, el bien de dicha comunidad, o el bien del Estado formado por ella. Es necesario precisar que la diferencia entre común y particular va más allá de una significación de cantidad o una simple adición matemática,

puesto que al no ser la sociedad simplemente la suma de las personas que la conforman, tampoco el bien común es la suma del bienestar de cada individuo (Dromi, 1973).

El hombre se ha unido en sociedad para crear las condiciones que permitan alcanzar a cada persona su proyecto de vida, independientemente de su condición económica, racial, tendencia política, etc.

Es así que Dromi (1973) sostiene que “el bien común es el fin que centra la vida de la comunidad política, anima la actividad de su gobierno y da sentido a la ley como instrumento de la acción del poder y del orden político.” (p.21).

En nuestro país, por medio del correspondiente referéndum, se constituyó la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la nueva Constitución de la República, que recoge expresiones novedosas y de gran relevancia; una de estas es el “buen vivir”, término que resulta de la traducción del vocablo kiwcha *sumak kawsay*, que se entiende como el objetivo que el Estado se plantea para el desarrollo de la sociedad. Dicho término y su significado fue propuesto por la organización Coordinadora de Nacionalidades Indígenas, CONAIE, en el año 2007, para formar parte de la Carta Magna, razón por la cual la expresión “buen vivir” viene de la cosmovisión indígena que contiene los principios ancestrales mantenidos por dicho pueblo y que se aplican a su filosofía de vida.

El buen vivir o *sumak kawsay*, es un término que representa una vida armónica entre los miembros de una misma comunidad, dentro del respeto por los recursos brindados por la naturaleza, y que surge luego del fracaso de las propuestas neoliberales y se encuentra por encima del capitalismo y el colonialismo³².

El *sumak kawsay* es conceptualizado en el Plan Nacional del Buen Vivir (2009-2013)³³ de la siguiente manera:

La concepción del Buen Vivir necesariamente recurre a la idea del “nosotros” porque el mundo no puede ser entendido desde la perspectiva del “yo” de occidente. La comunidad cobija, protege, demanda y es parte del nosotros. La comunidad es el sustento y es la base de la reproducción de ese sujeto colectivo que todos y cada uno “somos”. De ahí que el ser

³²CONAIE, Propuesta de la CONAIE a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador. Quito, 2007.

³³Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 del 05 de marzo de 2010.

humano sea concebido como es una pieza de este todo, que no puede ser entendido sólo como una sumatoria de sus partes (p.27).

Cortez (2011), señala que el buen vivir “en la medida que desborda los límites de un proyecto meramente económico, social o político adquiere el carácter de paradigma regulador del conjunto total de la vida. (...) contrasta con los modelos de “desarrollo” que infructuosamente se han ensayado en la historia ecuatoriana y se plantea desde su novedad como una alternativa al modelo de “civilización” dominante” (p.1).

En la crítica que realiza dicho autor, se pueden destacar aspectos importantes, como es el hecho de que el paradigma del buen vivir va más allá de un proyecto económico, social, político, etc., en razón de que se vuelve un modo de vida que se espera puedan alcanzar todos los ecuatorianos.

Es así que, que el bien común y el buen vivir son cosmovisiones similares. En nuestro país las finalidades que el Estado se ha propuesto alcanzar, y en base a las cuáles se pone en funcionamiento el aparato gubernamental, actualmente están englobadas en el término buen vivir, el cual se procura sea disfrutado por todos quienes conforman la sociedad.

Una vez definido de mejor manera el bien común, así como el buen vivir, ambos como objetivos del Estado (el primero específicamente del Estado ecuatoriano y el segundo como el objetivo general de todo estado), es necesario adecuar la forma en la que la empresa pública forma parte y participa dentro de la planificación estatal, que busca crear las condiciones para que el ser humano se desarrolle y alcance el buen vivir.

En primer lugar la empresa pública es un pilar muy importante en el que el Estado se apoya para la consecución de sus fines, prueba de ello es que la empresa pública se encontraba contemplada dentro del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, y también el recientemente elaborado Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017³⁴ hace referencia a estas, y establece que las empresas publicas apuntan a promover y fomentar las actividades económicas asumidas por el Estado a través de eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables, y en la comercialización de sus productos y servicios, con énfasis en la preservación del ambiente. En ellas se espera alcanzar el

³⁴ Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, aprobado en sesión de 24 de junio de 2013, mediante Resolución No. CNP-002-2013 de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

desarrollo de un nivel de autonomía y sostenibilidad a nivel de gastos corrientes, así como reinvertir para capitalizar y mantener su competitividad y generar excedentes para contribuir, de forma transparente, al Presupuesto General del Estado (PGE) y redistribuirlos, de acuerdo a las políticas de dicho plan.

El Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 también establece que se deberá promover la creación de empresas públicas cuya finalidad sea prevenir, regular y corregir, conductas monopólicas o que distorsionen las condiciones para la provisión o el acceso de los usuarios a determinados bienes y servicios sensibles. Así mismo se promoverá el impulso de la inversión del Estado en empresas públicas que promuevan el desarrollo sustentable integral, descentralizado y desconcentrado, y que actúen como agentes de transformación productiva, transferencia tecnológica y formación de las capacidades humanas, así como para la protección de los sectores generadores e intensivos en trabajo y empleo, como un elemento clave de la estrategia productiva, con la finalidad de mejorar la productividad, la competitividad, la sostenibilidad y la rentabilidad de dichas empresas.

Claramente es posible apreciar la intención del actual gobierno de promover la creación de empresas públicas que gestionen los sectores estratégicos y que brinden servicios públicos de calidad, con lo cual se espera colaborar con la consecución del fin último del Estado, que es el buen vivir de todos los ecuatorianos.

En base a los antes mencionados fines, se puede afirmar que la empresa pública, al ser una herramienta de la cual el Estado hace uso para procurar el bien común a la sociedad, es tanto un medio para alcanzar este objetivo, como para alcanzar sus propios fines que tendrán que ver con el cumplimiento de la actividad productiva que le ha sido asignada. Todo esto deberá ser efectuado con calidad, de forma adecuada, eficaz, eficiente, sustentable, acorde con los derechos de la naturaleza, conforme a derecho, etc.

Es así que la empresa pública tiene el objetivo de ser un mecanismo que funcione correctamente para que, de esa manera, el Estado al intervenir en la economía a través de ella, cumpla con su cometido.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

DEL ECUADOR

2.1 Generalidades

En el capítulo precedente hemos abordado a la figura de las empresas públicas, desde aspectos como su definición, las principales características que ostenta, su organización interna y los fines que persigue. En el presente capítulo se ha planteado el objetivo de desarrollar conceptos y hechos sobre la realidad laboral existente en las empresas públicas, centrándose en la reglamentación que rige a los servidores públicos que laboran en ellas, pero sin limitarse solamente al aspecto jurídico, sino también al aspecto humano, es decir, al estudio de la administración de recursos humanos o talento humano dentro de estas entidades. En tal sentido, es importante, en primer lugar, conocer el marco jurídico general que rige a las empresas públicas, si es público tal como se indicó anteriormente, o si estas empresas podrían pertenecer al régimen jurídico de derecho privado, con el fin de efectuar una conclusión sobre el régimen jurídico laboral aplicable.

Las empresas públicas son parte del sector público, pese a que su funcionamiento existe en un medio tanto privado como público (debido a la naturaleza de su actividad) y, en la generalidad, las disposiciones que deben cumplir se encuentran enmarcadas en la legislación del derecho público, específicamente en el Derecho administrativo. Sin embargo, las normas de derecho público de las que se habla, estarán necesariamente alimentadas por reglamentaciones propias del sector privado, un claro ejemplo de ello es la Ley Orgánica de Empresas Públicas, norma de carácter público cuyas regulaciones están inspiradas por disposiciones que normalmente se aplican en las empresas privadas.

Cabe aclarar que muchas de las actuaciones en las que incurra la empresa pública, deberán regirse también por el derecho privado, sea esta normativa de tipo civil, mercantil, bancaria, etc. Un ejemplo es el caso de las disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; controlar y regular las operaciones de concentración económica con el fin de establecer un sistema económico social, solidario y sostenible, que rija a todos los operadores económicos, siempre y cuando incurran en actividades económicas en el territorio nacional³⁵. Dicha ley contiene disposiciones que van dirigidas principalmente hacia la empresa privada, pero que también

³⁵Artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 del 13 de Octubre de 2011.

son aplicables a la actividad comercial de la empresa pública, ya que lo que se espera es regular el libre mercado en el que interactúan ambos tipos de entidades.

Cassagne (2002) considera que la empresa pública, al estar regida por normativa tanto pública como privada, presenta cierta ambigüedad en cuanto a su régimen legal aplicable, el autor concluye que estas entidades poseen un régimen de derecho mixto, es decir, que es tanto público como privado.

Pérez (2010) sostiene que el régimen jurídico de las empresas públicas es categóricamente de derecho público. El autor basa sus afirmaciones en lo dispuesto en el artículo 4 de la LOEP, donde se establece que la empresa pública, como perteneciente al Estado, está sometida a la normativa pública. Asimismo, respecto de la disposición primera de la LOEP donde se establece que la naturaleza de los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obras públicas e infraestructura, son de carácter administrativo, considera que es causa de una posible confusión, ya que el artículo da a entender que solamente dichos actos, hechos o contratos son los sometidos al régimen de derecho público, y se podría pensar que el resto están sujetos a la jurisdicción civil, cuando esto no es así.

El autor Marienhoff (como se citó en Jaramillo, 2011) tiene la siguiente postura:

Al estudiar al régimen jurídico de las empresas del Estado, corresponde aclarar en qué rama del derecho quedan encuadradas o, en otros términos, qué rama del derecho las rige ¿el privado o el público? Para ello hay que conocer cuál es la actividad de la empresa (...). Si la empresa del Estado desarrolla actividades comerciales e industriales queda sometida al derecho privado; si la actividad de la misma consiste en la prestación de servicios públicos queda sometida al derecho público, igualmente queda sometida a este derecho en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración.

De acuerdo con tales aseveraciones, el jurista efectúa una división de las empresas públicas de acuerdo con la naturaleza del servicio prestado, según la cual se puede establecer el régimen legal aplicable. Más adelante cuando se estudie la legislación comparada, se podrá apreciar como dichas afirmaciones son aplicadas en otros ordenamientos jurídicos.

La posición personal que se plantea en el presente trabajo, es que el régimen jurídico de las empresas públicas en nuestro país es de derecho público y que, excepcionalmente, también

es aplicable el régimen de derecho privado, en virtud de la condición especial que se analizó anteriormente y que tienen este tipo de entidades.

Las actuaciones de la empresa pública, si bien se encuentran enmarcadas dentro del derecho público, de forma supletoria es factible se apliquen las normas del Derecho civil, mercantil, bancario, societario, etc., en aquellos casos en los que exista una falta de regulación por parte de las leyes de derecho público, ya que así se suple la falta de normas y se cubre las “lagunas” existentes en el ordenamiento jurídico. No se debe confundir la aplicación del derecho supletorio en casos específicos, con el régimen jurídico propio de las empresas públicas, que es categóricamente de derecho público.

Conforme se ha explicado, si bien el régimen jurídico de la empresa pública es de derecho público, es importante detallar la normativa más relevante a la cual se encuentran sometidas, sea esta de carácter público como privado.

Tradicionalmente en el Ecuador existió un desorden jurídico en el aspecto relacionado con la figura de empresas estatales ya que, tal como se explicó en el capítulo introductorio, estas eran creadas o nacionalizadas sin que exista legislación ideada especialmente para su regulación, lo cual finalmente llevó al declive y posterior desaparición de la figura. La escasa normativa era expedida en función de las circunstancias, sin que haya un régimen jurídico armónico y uniforme; incluso las empresas mal llamadas públicas de aquel tiempo, debían someterse a la legislación general existente en el sector público, como si se tratara de uno más de los órganos del Estado, sin tomarse en cuenta la naturaleza distinta de su actividad y la necesidad de regirse bajo normas apropiadas para regular su actividad.

Tras la desaparición de dichas entidades y la promulgación en el año 2008 de la Constitución de la República, en la cual se dispuso la creación de la empresa pública como un ente encaminado a cumplir con los fines dispuestos por el Estado, se estableció la necesidad de normar de manera detallada y especial la gestión de la empresa pública, lo cual abrió el campo para expedir regulaciones que se debían aplicar exclusivamente a estas entidades.

Es por esto que en el año 2009 la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuyo considerando se expresa la necesidad de regular la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de estas empresas que constituían una figura totalmente nueva en el panorama nacional.

Cabe señalar que pese a que la LOEP se refiere en varios apartados al reglamento general de dicha Ley, ésta norma no ha sido expedida hasta el momento por la Administración Pública por ende, existe un vacío legal en varios temas que la LOEP toca sobre las empresas públicas y que es necesario sean detallados de manera más clara y específica en el reglamento, puesto que estos instrumentos legales "...contienen un conjunto de disposiciones destinadas a ordenar y ejecutar el cumplimiento de una ley." (Jaramillo, 2013, p. 52).

En conclusión, las empresas públicas en nuestro país se hallan sometidas especialmente a la Ley Orgánica de Empresas Públicas; ley considerada como orgánica de conformidad con lo establecido en el artículo 133 numeral 1 donde se dispone que las leyes tendrán esta definición, cuando regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. La doctrina conceptualiza a las leyes orgánicas como "...un conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto coadyuvar a regular la organización y funcionamiento de las instituciones rectoras del sector público, para lograr integrar y perfeccionar la estructura material y formal del Estado." (Jaramillo, 2013, p.47).

Ahora bien, dentro de las actividades propias de una entidad pública, también es necesario cumplir con lo establecido en la normativa de otras leyes, por ejemplo el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que norma y regula el funcionamiento del sector público en el marco del régimen de desarrollo y del buen vivir. Las actividades de las empresas públicas, en lo que respecta a la planificación y gestión de las finanzas públicas, se hayan regidas también por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el cual establece en el artículo 4 que las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 (en este último habla de dichas entidades) se deberán someter obligatoriamente a la normativa contenida en este cuerpo normativo³⁶.

Al respecto la LOEP especifica que todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios de actividades de prospección, exploración, explotación, etc. de recursos hidrocarbúricos, contratación de bienes de carácter estratégico necesarios para defensa, entre otros, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo³⁷.

Así mismo, las empresas públicas como entidades creadas por la Constitución de la

³⁶ Artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 306 del 22 de octubre de 2010.

³⁷ Artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

República para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, son reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo que respecta a los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría³⁸.

En cuanto a la creación de empresas públicas por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, existe normativa aplicable a los procesos de instauración de las mismas, y contiene regulaciones sobre la administración del presupuesto destinado a dichas empresas, en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. En tal sentido las ordenanzas, decretos, resoluciones y demás normas expedidas por los órganos competentes también constituyen importantes fuentes de regulación para las empresas públicas. Mediante Ordenanza Metropolitana No. 0301 del 04 de septiembre de 2009, el Concejo Metropolitano de Quito estableció el régimen común para la organización y funcionamiento de las Empresas Públicas Metropolitanas, incluyendo disposiciones como la creación, coordinación, el establecimiento del domicilio así como la organización empresarial de estas entidades; y un acápite especial para la regulación del Directorio de las mismas. Las empresas creadas por los GADs deberán regirse a lo establecido en dicha ordenanza y cualquier otra que para el efecto sea expedida por el órgano competente.

En el Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013 se establecen las políticas de mejora de gestión de la empresa pública, así como el fortalecimiento de los mecanismos de regulación, y se plantean diversos objetivos que se espera cumplir para ejecutar tales políticas, como la construcción de relaciones sociales y económicas en armonía con la naturaleza y la reconstrucción de lo público³⁹. En el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 se establece que las empresas públicas deben buscar la prestación eficiente de servicios públicos con equidad social, obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad.

Estas son las más importantes normas aplicables a las empresas públicas, sin embargo

³⁸ Artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 22 de julio de 2008.

³⁹ Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 del 05 de marzo de 2010.

existen aún muchas más leyes que podrían contener regulaciones al respecto, tomando en cuenta que las actividades en las que pueden incurrir las empresas públicas son diversas y amplias de acuerdo con la Constitución de la República y la ley.

Ahora que se ha logrado ubicar a la empresa pública como figura de derecho público, es preciso continuar con la temática del presente trabajo, el análisis de régimen jurídico laboral de las empresas públicas en general y en particular de sus administradores.

Ahora bien, si la empresa pública pertenece al sector público entonces quienes trabajen en ella, de forma lógica, estarán regidos bajo la normativa laboral propia de dicho sector, sin embargo, ha sido posible detectar que esta deducción no necesariamente es cierta, ya que en la realidad las normas que se aplican a quienes laboran en las empresas públicas pueden no ser las que comúnmente rigen al sector público en materia laboral.

Es por ello que a partir de ahora continuaremos el estudio de la empresa pública desde un enfoque jurídico laboral, no sin antes abordar de forma introductoria el tema sobre la administración del talento humano en estas empresas.

2.2 El talento humano en las empresas públicas

En el acápite precedente hemos realizado un acercamiento al marco jurídico en el que se desarrollan las actividades de las empresas públicas, no obstante, se considera importante tratar también el tema relacionado con el talento humano, antes de entrar de lleno en el análisis sobre el régimen jurídico laboral que rige a dichas entidades. Para brindar un contexto adecuado al presente trabajo, es importante el estudio de los aspectos relacionados con los derechos y deberes del personal de las empresas públicas. Resulta comprensible que puedan existir cuestiones que no están del todo claras, dadas las características especiales que tienen las empresas del Estado.

La actual expansión del aparato gubernamental, ha dado como consecuencia que existan cada vez más plazas de trabajo dentro del sector público. Muchas de estas plazas pertenecen a las empresas públicas, de hecho Petroecuador EP fue una de las mayores empleadoras en nuestro país, con un total de ocho mil seiscientos veintiocho personas

trabajando en esta empresa pública en el año 2012⁴⁰.

Es así que la tasa de desempleo en nuestro país, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, experimentó una baja en el año 2013, en parte gracias a que “el principal generador de empleo en este periodo fue el Estado ecuatoriano. El crecimiento del aparato estatal es el potenciador que ha creado nuevas plazas de trabajo, ofreciendo salarios competitivos, estabilidad (...) y exigiendo altos niveles académicos” (Estrada, 2013).

Ahora bien, establecida como está la importancia del estudio del tema laboral en las empresas públicas, sin ánimo de profundizar el contenido que corresponde a la gestión del talento humano tema propio de la ciencia jurídica, se espera brindar conceptos puntuales que den claridad sobre dichos aspectos.

Con el fin de alcanzar las metas propuestas, desde el mismo momento en que se crea una empresa pública se debe estar atento a los procesos internos que se llevarán a cabo en la entidad, su estructura organizacional, el capital con el que cuenta, la infraestructura física que tiene, etc., pero también se debe brindar una especial atención a las personas que laborarán en ella.

Este tópico presenta diversos aspectos, en primer lugar, es importante recordar que las organizaciones, dada su naturaleza, resultan ser sistemas con alta complejidad. Tal como se explicó previamente, las empresas públicas son de hecho organizaciones creadas con un propósito previamente establecido y que, usualmente al tener un tamaño considerable desde su creación (el cual se irá incrementando en razón de las actividades que ejecuten), presentarán un mayor grado de complejidad, con lo cual el personal que labore en ellas será cada vez más numeroso, siendo necesario un mayor control y una mejor gestión del talento humano.

Así mismo:

Uno de los objetivos principales de la administración es el estudio de las organizaciones. Por ello es necesario que las personas que pertenecen a una organización, interactúen con el fin de lograr los objetivos propuestos. Cada integrante ocupa un rol específico que le permite desempeñar una serie de actividades, funciones y atribuciones para cumplir con su

⁴⁰ Datos recopilados de la revista vistazo, volumen 1106 del 27 de septiembre de 2013.

trabajo, ocupando un cargo y una posición incluida en el organigrama. (Galindo, C. 2008, p. 80).

La necesidad de brindar un servicio de calidad, coloca a las empresas públicas en la obligación de procurarse y poner en práctica todos los avances tecnológicos, administrativos y de gestión del talento humano existentes en la actualidad; puesto que en un mundo globalizado como el que vivimos la competencia crece cada día más y las empresas privadas haciendo uso de mayores libertades de actuación, procurarán estar en los primeros lugares dentro de la categoría del servicio que presten. En contraste, las empresas del Estado deberán responder a varias limitaciones en cuanto a su accionar, pero lo cual no significa que no puedan gestionarse de la mejor manera con los recursos que cuentan.

Es por esto que es de suma importancia que se gestione de manera eficaz y eficiente el talento humano de la empresa pública, ya que representa una parte clave en su funcionamiento.

El Convenio No. 142 sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, adoptado por el Ecuador que lo ratificó en el año 1977, establece que todo país miembro deberá adoptar y llevar a la práctica políticas y programas completos y coordinados en el campo de la orientación y formación profesionales, manteniendo una estrecha relación entre este campo y el empleo, en particular mediante los servicios públicos del empleo.

Para la aplicación de dichas políticas y programas se deberá tener en cuenta lo siguiente⁴¹:

- ✓ Las necesidades, posibilidades y problemas en materia de empleo, tanto a nivel regional como a nivel nacional.
- ✓ La fase y el nivel de desarrollo económico, social y cultural del país, y
- ✓ Las relaciones entre el desarrollo de los recursos humanos y otros objetivos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, el adecuado desarrollo de la persona en cuanto a su labor en la empresa

⁴¹ Artículos 1 y 2 del Convenio sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos que entró en vigor el 19 de julio de 1977, adoptado en la 60ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo en Ginebra, Francia.

pública, es una cuestión de gran importancia, ya que son los trabajadores quienes, a la larga, tendrán bajo su responsabilidad la ejecución de las decisiones que tome el Directorio de la empresa pública, mediante la realización de las labores a ellos encomendadas, con el fin de cumplir con los objetivos de dicha organización.

Pero, ¿qué es la gestión del talento humano?, en lo referente a la administración de recursos humanos, Chiavenato (1999) considera que esta se refiere a la preparación, aplicación, sostenimiento y desarrollo adecuados de las personas en las organizaciones en las cuáles interactúan permanentemente, ya que estas últimas no existirían sin las primeras. El autor propone un sistema en el que las organizaciones y las personas que forman parte de ellas, a través de la actividad que desarrollan, alcancen los objetivos planteados, tanto los de la organización como tal, como los de los individuos que la conforman.

Cuesta (2010) define a la gestión estratégica de recursos humanos como “(...) el conjunto de decisiones y acciones directivas en el ámbito organizacional que influyan en las personas buscando el mejoramiento continuo, durante la planeación, implantación y control de las estrategias organizacionales, considerando las interacciones con el entorno.” (p.3).

Schvarstein (2008) enuncia lo siguiente:

El especialista en gestión humana no puede prescindir de procurar la eficiencia, la eficacia y la efectividad de la organización en la cual trabaja. Es bien cierto que el concepto de efectividad es diferente en una pyme que en una empresa grande, o en una empresa pública, pero nadie que trabaje en gestión humana se puede desligar de la efectividad de las organizaciones. Al mismo tiempo debe atender a la salud de las personas que las componen, entendida como la promoción de su desarrollo y de su adaptación activa a la realidad. (p.1).

Dessler (2009) considera que “la administración de recursos humanos es el proceso de contratar, capacitar, evaluar y remunerar a los empleados, así como de atender sus relaciones laborales, salud, seguridad así como aspectos de justicia.” (p.2).

La doctrina ha brindado definiciones generales sobre la gestión del talento humano en las empresas, resaltando la importancia de que sea efectuada de forma correcta, cometido que podrá ser aplicable tanto al sector privado como al sector público, pero tomando en cuenta

que las condiciones que rodean a una empresa pública no son iguales a las de una empresa privada.

Al respecto Kligner (2002) considera que “La administración de personal en el sector público se considera un elemento clave de la sociedad democrática y de una administración pública efectiva” (p.2).

Cómo vimos en el primer capítulo, la administración pública es aplicada por el Estado en el ejercicio de sus atribuciones, con el fin de organizar a la sociedad. En dicho contexto, es deber del Estado el efectuar una correcta administración de recursos humanos del personal que labora en las instituciones públicas, con el fin de facilitar la consecución de los fines propuestos.

Se considera que “una de las tareas más importantes de la administración es organizar el esfuerzo humano al servicio de los objetivos económicos de la empresa.” (McGregor, 2007, p. 6).

La correcta administración del recurso humano existente en todas las instituciones del Estado y por supuesto de las empresas públicas, como se puede apreciar es sumamente importante.

Chiavenato (2002) reflexiona al respecto de la gestión del talento humano al expresar que ésta área “(...) es contingente y situacional, pues depende de aspectos como la cultura de cada organización, la estructura organizacional adoptada, las características del contexto ambiental, el negocio de la organización, la tecnología utilizada, los procesos internos y otra infinidad de variables importantes”(p.6).

Se entiende entonces que la gestión del talento humano depende de la forma en la que está organizada la entidad, así como de aspectos relacionados con su funcionamiento y las herramientas que utiliza para la consecución de sus fines; por ende las empresas públicas al tener características que las hacen diferentes a otras instituciones del Estado, tendrán también una gestión del talento humano diferente. Este hecho no debe ser tomado a la ligera puesto que, tal como se dijo, la doctrina referente a la temática laboral está de acuerdo en expresar que una correcta administración del talento humano es la base para el alcance de los objetivos de la organización.

Ahora bien, se plantea el cuestionamiento de cómo se aplicará, en la generalidad, dicha administración en las empresas públicas.

Con el fin de dilucidar dicho aspecto tomaremos una vez más los conceptos de Kligner (2002), quien considera:

La administración de personal en el sector público se ha estudiado extensamente, por lo menos desde cuatro puntos de vista: el de las funciones que se necesitan para administrar los recursos humanos en los organismos públicos. El del proceso a través del cual se asignan los puestos públicos. El de la interacción de los valores sociales fundamentales entre sí (...). El último punto de vista se refiere a los sistemas de personal –leyes, reglas, organizaciones y procedimientos que se utilizan para expresar estos valores abstractos al cumplir las funciones de la administración de personal. (p. 2).

Si bien es cierto que el estudio del talento humano en el sector público ha sido amplio debido a la alta relevancia que tiene este para todo Estado, en el caso que nos atañe, al ser la empresa pública una figura retomada recientemente y que actualmente se encuentra desarrollándose en el Ecuador, ha existido poca investigación sobre el sector laboral de estas entidades estatales.

Es importante tomar en cuenta que las personas que laboran en las empresas públicas tendrán que ser normadas de manera especial, dada la actividad de dichas entidades. Cabe señalar que la aplicación de los métodos convencionales de administración del talento, también podrá ser puesta en práctica, ya que todo dependerá de las circunstancias.

Los sistemas de personal, es decir, la normativa externa e interna de las empresas públicas cuando se trata del talento humano, varían con el fin de regular de forma correcta la actuación de quienes se encuentran trabajando para dichas empresas.

Ahora bien, Kligner (2002) considera que existen cuatro funciones de la administración de personal público las cuáles son:

- Planeación
- Acuerdo o contratación
- Desarrollo y
- Sanción

Cuesta (2010) sostiene que los procesos fundamentales de la dirección estratégica de recursos humanos (talento humano) son la planeación, la implantación y el control. Estos conforman el ciclo que debe seguirse para gestionar integralmente la organización.

Por otro lado, Dessler (2009) considera que existen cinco funciones básicas que los gerentes desempeñan las cuales son: la planeación, la organización, la integración, la dirección y el control.

En el presente estudio se brindará un desarrollo de la clasificación de Kligner (2002), aplicado a las empresas públicas, con todo, cabe señalar que ésta es la postura de un solo autor y que, tal como se ejemplificó, otros profesionales versados en el tema estructuran a la administración del talento humano de forma diferente.

- Planeación

Se refiere a la preparación del presupuesto y la planificación de la administración del talento humano, por ejemplo, el análisis de las actividades que se desarrollarán en cada cargo o el salario que se pagará.

En tal sentido, en la empresa pública debe efectuarse en primer lugar la planificación necesaria, con el fin de establecer los lineamientos para el funcionamiento de la organización. Las áreas que existirán, el número de personas que deberán trabajar en las mismas, los objetivos a cumplir por cada departamento, entre otros, son temas que deberán ser tratados antes de poner en marcha la entidad. El Directorio es el llamado a aprobar las políticas relacionadas con los planes estratégicos, objetivos de gestión, presupuesto anual, estructura organizacional y responsabilidad social corporativa; así como todo lo relacionado con el Presupuesto General, el Plan Estratégico y el Orgánico Funcional de las empresas públicas. La empresa utilizará los recursos públicos que le sean entregados, con el fin de que dicha planificación sea ejecutada⁴².

Es el Gerente General de la empresa quien deberá ejecutar las políticas antes mencionadas, ya que, de conformidad con la LOEP lo dispone, es el encargado de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa de la empresa pública, aspecto que se asemeja a lo que sucede en las empresas del sector privado⁴³.

Kligner (2002) considera que, en el proceso de creación de la política empresarial, los valores sociales son expresados por medio de las leyes, reglas, regulaciones, prácticas y manejos, con el fin de que dejen de ser solo una simple declaración filosófica y se

⁴² Artículo 9 la Ley Orgánica de Empresas.

⁴³ Artículo 11 numeral 13 la Ley Orgánica de Empresas.

conviertan en una realidad.

Sobre el tema de los salarios, primeramente, la Constitución de la República señala que la remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.⁴⁴

Por consiguiente, en lo que respecta al tema de la planeación, el Gerente General es quien se ocupa de dictar las directrices referentes a la organización laboral de la empresa pública, de conformidad con lo establecido en el marco jurídico aplicable al caso. Así mismo categóricamente la LOEP establece en el artículo 16 que la administración del talento humano de las empresas públicas corresponde al Gerente General o a quien éste delegue expresamente, y que uno de sus deberes es el de nombrar, contratar y sustituir al personal (con excepción de los administradores de agencias y unidades de negocios)⁴⁵.

Al respecto la LOEP establece en el artículo 20 lo siguiente:

Los sistemas de administración del talento humano que desarrollen las empresas públicas estarán basados en los siguientes principios: (...)

3. Equidad remunerativa, que permita el establecimiento de remuneraciones equitativas para el talento humano de la misma escala o tipo de trabajo, fijadas sobre la base de los siguientes parámetros: funciones, profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

4. Sistemas de remuneración variable, que se orientan a bonificar económicamente el cumplimiento individual, grupal y colectivo de índices de eficiencia y eficacia, establecidos en los reglamentos pertinentes, cuyos incentivos económicos se reconocerán proporcionalmente al cumplimiento de tales índices, mientras éstos se conserven o mejoren, mantendrán su variabilidad de acuerdo al cumplimiento de las metas empresariales. El componente variable de la remuneración no podrá considerarse como inequidad remunerativa ni constituirá derecho adquirido. El pago de la remuneración variable se hará siempre y cuando las empresas generen ingresos propios a partir de la producción y comercialización de bienes y servicios.

La LOEP también ha dispuesto que los subsiguientes valores no formen parte de la

⁴⁴ Artículo 229 de la Constitución de la República.

⁴⁵ Artículo 10 de Ley Orgánica de Empresas Públicas.

remuneración:⁴⁶

- ✓ Los correspondientes al componente variable por cumplimiento de metas.
- ✓ La décima tercera y cuarta remuneración, viáticos, subsistencias y movilizaciones y
- ✓ Los que se paguen por concepto de las subrogaciones y encargos.

Se aprecia que la Ley en lo que respecta a las remuneraciones de los servidores que laboran en ellas, brinda disposiciones que deberán ser cumplidas por las empresas públicas en general. La LOEP habla de equidad remunerativa, que se entiende como la obligación de que el sueldo sea igual para todas las personas que se encuentran establecidas en una determinada escala de remuneración, así mismo presenta un sistema de remuneración variable, donde se habla de la posibilidad de otorgar bonos económicos de acuerdo al cumplimiento de índices de eficiencia y eficacia, sea de forma individual, grupal o colectiva. Tales bonos no corresponden derechos adquiridos y se entregarán de acuerdo con el cumplimiento de las metas establecidas previamente.

En virtud de lo establecido en el artículo 17 de la LOEP, donde se otorgan facultades reguladoras en materia de administración del talento humano al Directorio de la empresa pública, es posible concluir que en estas entidades existe la facultad de establecer una escala remunerativa propia y no regirse a lo dispuesto por la LOSEP en el artículo 3, donde se señala que las instituciones del Estado se sujetarán obligatoriamente a lo que disponga el Ministerio de Relaciones Laborales, en lo atinente a remuneraciones e ingresos de los servidores públicos.

Recordemos también que el Mandato Constituyente No. 2 expedido por la Asamblea Constituyente de Montecristi, dispuso que las empresas públicas cuyo capital o patrimonio esté integrado por el cincuenta por ciento o más de recursos públicos, deberán mantener como remuneración mensual unificada máxima, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado. Esta norma también establece disposiciones acerca de las liquidaciones e indemnizaciones a pagar por supresión de partidas, denuncia voluntaria etc.⁴⁷ que son aplicables a dichas empresas.

⁴⁶ Artículo 30 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁴⁷ Artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 del 28 de Enero de 2008.

En los temas laborales que se relacionen con los obreros de las empresas públicas, también se deberá aplicar lo que disponga el Código del Trabajo. Cuestiones respecto de la equidad remunerativa de los administradores de las empresas públicas, será analizada más adelante.

- Acuerdo o contratación

Este tema se refiere al reclutamiento o selección del personal, así como a sus ascensos. La LOEP dispone en lo referente a los nombramientos, contratación y optimización del talento humano en las empresas públicas, que la designación y contratación de personal deberá realizarse a través de procesos de selección que atiendan a los requerimientos empresariales de cada cargo, dejando la salvedad para los casos de personal de libre designación, situación en la que se aplicarán las resoluciones que expida el Directorio de la empresa pública al respecto⁴⁸.

Todo esto deberá ser conforme a los principios y políticas que establece dicha Ley, y demás normas sobre el tema que regulan la administración pública.

El Directorio de la empresa pública expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas⁴⁹.

Los procesos de selección de personal en nuestro país, como en muchos otros, corresponden a los concursos de merecimientos y oposición, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, donde se dispone que el ingreso al servicio público, así como el ascenso y la promoción en la carrera administrativa, se realizarán mediante concurso, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción⁵⁰.

Así mismo la LOSEP establece en el artículo 5, que uno de los requisitos para el ingreso al servicio público es el haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición.

⁴⁸ Artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁴⁹ Artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁵⁰ Artículo 228 de la Constitución de la República.

Que el ingreso de personal a la empresa pública se efectúe mediante la puesta en marcha de concursos de méritos y oposición, garantiza que los aspirante a entrar a estas entidades públicas, tengan los conocimientos adecuados, así como un nivel alto de probidad y amplia capacidad para laborar en el cargo al que aplican.

Debe tenerse en cuenta que esta es una práctica que promueve la igualdad; se espera con ella dejar atrás los días en que las empresas estatales en nuestro país tenían en su seno personas no idóneas e incapaces, quienes lograron ingresar gracias al “apadrinamiento político” y al tráfico de influencias, lo que constituyó una de las razones del fracaso de esta figura en los años ochenta.

Las modalidades de designación y contratación del talento humano (tanto servidores públicos como obreros) en las empresas públicas se hayan contenidas en la LOEP:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de dicha ley.
2. Nombramiento para servidores públicos, (expedido al amparo de la normativa de la misma LOEP y de la reglamentación interna de cada empresa pública).
3. Contrato individual de trabajo para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en el Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre.⁵¹

Recordemos que el Código de Trabajo conceptualiza al trabajador como la persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra⁵². Entre los trabajadores el Código hace una distinción disponiendo que puedan ser catalogados como empleados u obreros, calidad que se determinará conforme la naturaleza de la actividad que estas personas ejecuten. Se denomina empleado a quien realiza un trabajo de tipo intelectual y obrero a quien efectúa una labor de tipo físico.

Por ende, cuando la LOEP habla de obreros del sector público, se refiere a aquellas personas que han sido incorporadas a la entidad con el fin de que realicen labores de tipo físico.

La LOEP así mismo cataloga como obreros a “aquellos definidos como tales por la

⁵¹ Artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁵² Artículo 9 del Código de Trabajo.

autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.”⁵³. Cabe señalar que dicha definición será aplicada solamente al personal que labora en las empresas públicas.

La palabra trabajador es el término general dentro del cual se derivan las calidades de empleado y obrero como se ha dicho, por tanto, en el antes mencionado artículo existiría un error al utilizar los términos de trabajador y obrero como sinónimos.

Volviendo al tema, la LOEP ha dispuesto que en las empresas públicas se incorpore preferentemente a personal nacional para el desempeño de las áreas técnicas y administrativas. Ésta es una imposición de la Ley propia de las empresas públicas ya que la LOSEP no establece dicha disposición en lo que respecta a todos aquellos organismos públicos, donde esta debe aplicarse.

En lo que respecta al procedimiento por el cual se efectuarán los ascensos, la LOEP no establece regulaciones específicas al respecto, en tal caso se entiende que es facultad del Directorio el aprobar los lineamientos específicos sobre ese respecto y al Gerente General el ponerlos en marcha. Estos temas podrían incluirse por ejemplo, en el reglamento interno de trabajo de la empresa.

- Desarrollo

El presente punto se refiere a la orientación, entrenamiento, motivación y evaluación de los empleados de las empresas públicas, con el fin de que sus conocimientos, habilidades y capacidades sean siempre más amplios.

Las personas que laboran en las empresas públicas deberán estar debidamente capacitadas y calificadas para brindar su contingente en la entidad. Asimismo la empresa deberá procurar aprovechar al máximo el talento de los servidores públicos, teniendo en cuenta las nuevas técnicas que existen en la gestión del talento humano ya que, actualmente se han aclarado las concepciones que se mantenían durante muchos años sobre el recurso humano, llegando a entenderse que las personas no son recursos, sino que poseen recursos

⁵³ Artículo 18 literal c de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

tales como conocimientos adquiridos a través de entidades educativas, experiencia, capacitación, etc., y ostentan habilidades propias de cada individuo, las cuales son puestas en marcha en el ejercicio de sus cargos en pos del éxito de la organización. (Ponce, 2001).

La Constitución de la República dispone al respecto que: “El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado”⁵⁴.

El primer principio que orienta la administración del talento humano de las empresas públicas, es el de la profesionalización y capacitación permanente del personal, lo cual deberá ser hecho a través de un plan de capacitación y fomento de la investigación científica y tecnológica, el cual deberá estar de acuerdo a los requerimientos y consecución de los objetivos de la empresa⁵⁵.

Otro de los principios que rigen a las empresas públicas, es el de la obligación de efectuar evaluaciones periódicas de desempeño del personal, con el fin de garantizar que éste responda al cumplimiento de las metas de la empresa pública y cumpla a cabalidad con las responsabilidades asignadas. Se deberá también estructurar sistemas de capacitación y profesionalización del talento humano en estas entidades estatales.

Así mismo la LOEP establece que cualquier incremento salarial se efectuará exclusivamente previa evaluación del desempeño realizada por la administración de la empresa, con el apoyo de firmas externas especializadas y en consideración de la capacidad económica de la empresa⁵⁶, reconociendo así que los exámenes y resultados que se obtienen con dichas evaluaciones son sumamente importantes ya que, en base a los mismos, la empresa podrá establecer el nivel de eficacia y eficiencia que alcanzan sus empleados durante la ejecución de las actividades a ellos encomendadas, lo cual está directamente relacionado con la productividad de la empresa y la consiguiente capacidad de la organización para alcanzar los fines planteados.

⁵⁴ Artículo 234 de la Constitución de la República.

⁵⁵ Artículo 20 numeral 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁵⁶ Artículo 20 numeral 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

Finalmente el artículo 17 de la LOEP establece que el Ministerio de Relaciones Laborales realizará el control ex post de la administración del recurso humano, y de las remuneraciones en las empresas públicas de acuerdo al régimen jurídico que regula a estas empresas. Dicho control será realizado por firmas especializadas que no formarán parte del Ministerio de Relaciones Laborales y serán responsables de entregar un informe al Directorio, con el fin de que tome las medidas correctivas que sean necesarias.

- Sanción

La sanción se refiere a la necesidad de establecer los deberes de los trabajadores y los términos de la relación laboral con su empleador (en el caso de las empresas públicas, el Estado). También se considera que es preciso se defina la forma en la que se aplicará la disciplina a los servidores públicos.

En los artículos 30 y 31, la Ley Orgánica de Empresas Públicas emite las normas generales para la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores y obreros que laboren en dichas entidades, así como aquellas conductas en las que los trabajadores tienen prohibido incurrir. Se ha dispuesto que tanto el Gerente General, como el Gerente de la subsidiaria, filial, agencia o unidad de negocio que firmen o autoricen la suscripción de contratos individuales, colectivos o actas transaccionales sin sujetarse a las disposiciones respecto de la contratación que veremos a continuación, deberán responder personal y pecuniariamente por los perjuicios ocasionados y valores pagados en exceso, sin perjuicio de la inmediata y obligatoria remoción de su cargo y de las demás acciones a que hubiere lugar⁵⁷.

A continuación se enumerarán las prohibiciones aplicables al personal que labora en las empresas públicas, las cuales están además de las prohibiciones previstas en la Codificación del Código de Trabajo en el caso de los obreros de las empresas públicas:

1. Prohibición de incremento salarial sin previa evaluación de desempeño

Se ha dispuesto que cualquier incremento salarial se efectúe exclusivamente previa evaluación de desempeño, la cual deberá ser realizada por la administración de la empresa

⁵⁷ Párrafo final del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

con el apoyo de firmas externas especializadas.

2. Prohibición de entrega de estímulos económicos

Queda prohibido el otorgamiento o mantenimiento de bonos, ayudas, sobresueldos o estímulos que pudieran entregarse debido a la celebración de fechas conmemorativas, años de servicio o cualquier otro hecho que no sea exclusivamente el desempeño del funcionario. Sobre este punto se presenta la interrogante sobre la autonomía administrativa y financiera de la empresa pública, ya que la LOEP determina que no será posible entregar ese tipo de estímulos económicos, lo cual podría contravenir la autonomía que la Constitución de la República y la misma Ley otorgan a las empresas, siendo contradictorias dichas disposiciones.

3. Prohibición de subsidios

No será posible para los servidores de carrera u obreros de las empresas públicas, el pactar con sus cónyuges, personas en unión de hecho o parientes, la recepción gratuita o de manera subsidiada, de los servicios o bienes que produce la empresa empleadora. Esta disposición se puede entender que no se aplica a los servidores de libre nombramiento y remoción, puesto que la Ley no los menciona.

4. De la imposibilidad de homologar derechos

En los términos de contratación no se admitirán cláusulas que reconozcan la homologación de derechos entre los servidores públicos, cuando las empresas públicas tengan un distinto giro de negocios, a pesar de que todas ellas sean parte de la misma industria.

5. Prohibición de heredar el derecho a ocupar un cargo público

Se prohíbe que los servidores públicos garanticen a sus sucesores el derecho a ocupar su puesto en el sector público, por ende, se reputarán no escritas las estipulaciones que contengan disposiciones al respecto.

6. Obligación de aplicar el Mandato Constituyente No. 4

En caso de que los servidores públicos de las empresas públicas, sean separados por supresión de partida o despido intempestivo, se deberá aplicar lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4, mediante el cual se dispuso que las indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por despido intempestivo del personal que trabaja en los organismos y entidades creados para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, (entre otros), las cuales fueron acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito etc., no podrán ser superiores a trescientos salarios básicos unificados del trabajador privado.

7. Del conflicto de intereses

Los servidores públicos no podrán comprometerse en actividades que impliquen contraposición de intereses con los de la empresa pública donde laboran. Asimismo, bajo ninguna circunstancia podrán beneficiarse directa o indirectamente de los actos administrativos, operativos, comerciales o financieros de las mismas.

8. Obligación de despachar oportunamente los asuntos de la empresa

No se podrá retardar o negar injustificadamente el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio al que están obligados los servidores públicos, de acuerdo a las labores a ellos encomendadas.

9. Prohibición de paralizar la prestación del servicio público

Los servidores de la empresa pública no podrán paralizar la prestación de los servicios públicos, o la explotación de recursos naturales a cargo de la entidad, bajo ningún concepto (con la excepción de causas acaecidas por fuerza mayor o caso fortuito). Cabe señalar que esta prohibición contraviene abiertamente lo establecido en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC- que establece que

los Estados Partes estén comprometidos a garantizar el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país⁵⁸. La huelga también se entiende como un derecho de los trabajadores que se relaciona con la libertad sindical.

10. Prohibición de recibir privilegios

Los servidores públicos no podrán intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios con la empresa pública donde trabajan, sea por sí mismos o por interpuesta persona. Tampoco les será posible el obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor u obrero, su cónyuge o personas que mantengan unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como para empresas en las que el servidor público o sus parientes más cercanos tengan interés.

11. Prohibición de recibir dádivas

En el ejercicio de sus funciones, los servidores públicos no podrán solicitar, aceptar o recibir dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas, sea para sí mismos, o para sus superiores o bien provenga de manos de sus subalternos.

12. Confidencialidad de la información estratégica

Se prohíbe que los servidores públicos incumplan con el principio de confidencialidad de la información comercial, empresarial y en general de la información que el Directorio de la empresa pública considere como estratégica y sensible a los intereses de ésta, sea desde el punto de vista tecnológico, comercial y/o de mercado.

13. Del manejo de recursos públicos

Se ha establecido que los servidores públicos deberán cumplir con los principios de

⁵⁸ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

transparencia y responsabilidad durante el manejo de los recursos de la empresa. Es necesario que presenten la correspondiente declaración juramentada de bienes, al inicio y finalización de sus cargos, con el fin de mantener un control interno y evitar el posible enriquecimiento ilícito.

Finalmente a más de las prohibiciones y disposiciones ya enumeradas, la Ley reitera la necesidad de que los servidores públicos cumplan con las demás que establece la Constitución de la República, la misma LOEP y la normativa interna de cada empresa pública.

La LOEP también establece que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar, quienes incurran en cualquiera de las prohibiciones que se señalaron, serán sancionados con la separación del cargo sin derecho a indemnización alguna, y deberán pagar por los perjuicios económicos ocasionados a la empresa pública, observando el derecho al debido proceso. Al respecto cabe señalar que “la doctrina distingue cinco tipos de responsabilidades con relación a los funcionarios públicos. Ellas son: la política, la administrativa, la civil, la penal y la disciplinaria.” (Pertile, 2005, p.10).

El proceso disciplinario que debe llevarse a cabo no ha sido detallado por la Ley y, puesto que ésta carece de reglamento, no existe normativa específica que hable sobre el tema. Lo recomendable es que se incluya información al respecto en las normas internas de cada empresa pública.

El conocido proceso de sumario administrativo, el cual constituye en una investigación que se realiza en el sector público, con el fin de determinar la existencia de responsabilidad de un servidor público previa a la imposición de una sanción, no es mencionado en la LOEP.

Cabe señalar que se considera como sumario administrativo al,

Procedimiento necesario para la acreditación de la existencia de conductas irregulares de los administrados con la finalidad de singularizar a los responsables. (...) La iniciación (...) del sumario administrativo se concreta a través de un acto de administración (...) irrecurrible porque ningún administrado puede sentirse agraviado porque se investiguen hechos o conductas eventualmente alterativas de la regularidad funcional.”.(Pertile, 2005, p18).

Lo que si establece la LOEP en el artículo 32, respecto de la solución de controversias que se originen de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de

carrera u obreros, es que éstas serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en dicha Ley. Sobre esta disposición la opinión personal al respecto, es que las controversias entre los servidores públicos de carrera y la empresa pública para la cual trabajan, no se deberían ventilar ante la autoridad del trabajo que describe el artículo, ya que los servidores públicos de carrera se hallan sometidos a la LOSEP, en los temas laborales que la LOEP no especifica, expresión que se analizará más adelante. Los obreros al encontrarse sometidos a las regulaciones del Código de Trabajo, si deberán presentar las controversias que surjan en la relación laboral con la empresa pública, ante los jueces de trabajo.

Al respecto la LOSEP en el artículo 42 literal b dispone que, en caso de que los servidores públicos incurran en faltas disciplinarias graves (o en la reincidencia en faltas leves), la sanción o imposición solo tendrá lugar previo al correspondiente sumario administrativo.

Se considera que la disposición de la LOSEP también es aplicable a las controversias que se susciten entre el personal de libre nombramiento y remoción y la empresa, a quienes el artículo 32 de la LOEP no menciona.

Finalmente a groso modo, citaremos lo que establece el Manual del Talento y Capital Humano del autor Niembro (2003), quien considera que la gestión del área de administración del talento humano, (que cada empresa pública deberá incorporar en su estructura), deberá ser la responsable de las siguientes actividades dentro de la organización:

1. Presentar una visión de conjunto del Área de Administración del Talento y Capital Humano.
2. Precisar instrucciones definidas para llevar a cabo la integración, permanencia, productividad y organización de los colaboradores de la empresa.
3. Fijar y establecer responsabilidades de los colaboradores que integran el área.
4. Ser un instrumento complementario que facilite las soluciones eficientes a problemas cotidianos.
5. Facilitar la descentralización de funciones y responsabilidades.
6. Servir de base para la constante revisión y evaluación del control interno y su vigilancia.
7. Aumentar la eficiencia de los colaboradores que ejercen una jefatura, indicándoles lo

que se espera de ellos.

8. Asegurar la equidad en el cumplimiento de las rutinas de trabajo y evitar su alteración arbitraria.
9. Determinar en forma sencilla las responsabilidades y detectar errores del área.
9. Ayudar en la coordinación del trabajo y evitar duplicidad de funciones.
10. Construir una base de análisis posterior del trabajo y el mejoramiento de los sistemas, procedimientos y métodos.
11. Facilitar y divulgar la generación de una cultura organizacional centrada en la persona y en el ejercicio de los valores de la empresa. (p. 7).

Dessler (2009), considera que las responsabilidades del gerente de recursos humanos son las de dirigir las actividades del personal tanto en el área de recursos humanos como en toda la empresa, en segundo lugar la de ejercer la función de coordinación de las actividades del personal. Finalmente deberá ayudar y asesorar al Gerente General con el fin de que éste comprenda de mejor manera los aspectos relacionados con el personal, la planeación estratégica, la contratación, evaluación, ascensos, despidos, etc. de todos quienes laboran en la empresa pública.

Recordemos que el Gerente General de la empresa pública es quien la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha designado para que sea el responsable de la gestión del talento humano y que, dada las condiciones de su puesto, deberá tomar importantes decisiones al respecto de la administración de recursos humanos, siendo por ello importante que cuente con un área especializada en dicha rama dentro de la empresa, la cual le brindará la información pertinente, y el asesoramiento necesario para que la gestión del talento humano sea efectuada de forma adecuada.

La LOSEP ha dispuesto también en el artículo 52 que las Unidades de Administración del Talento Humano –UATH-, ejercerán varias atribuciones y responsabilidades entre las cuáles citaremos las más importantes:

- ✓ Elaborar los proyectos de estatuto, normativa interna, manuales e indicadores de gestión del talento humano.
- ✓ Elaborar el reglamento interno de administración del talento humano, con sujeción a las normas técnicas del Ministerio de Relaciones Laborales.
- ✓ Elaborar y aplicar los manuales de descripción, valoración y clasificación de

puestos institucionales, con enfoque en la gestión de competencias laborales.

- ✓ Administrar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones.
- ✓ Realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimientos de personal y aplicar el régimen disciplinario.
- ✓ Estructurar la planificación anual del talento humano institucional.
- ✓ Aplicar las normas técnicas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, sobre selección de personal, capacitación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e institucional.
- ✓ Realizar la evaluación del desempeño una vez al año, considerando la naturaleza institucional y el servicio que prestan las servidoras y servidores a los usuarios externos e internos.
- ✓ Participar en equipos de trabajo para la preparación de planes, programas y proyectos institucionales como responsable del desarrollo institucional, talento humano y remuneraciones.

Otro de los temas relacionados con el talento humano en las empresas públicas es el de la contratación colectiva. La LOEP contiene varias disposiciones referentes a la suscripción de contratos colectivos por parte del Estado con los obreros que laboran en las empresas públicas. En el artículo 19 de dicha Ley se establece la posibilidad de que se celebren contratos colectivos, pero solamente con quienes son catalogados como obreros dentro de la empresa⁵⁹.

La LOEP establece que las cláusulas de los contratos colectivos deben estar sujetas a las disposiciones del Mandato Constituyente No. 8. En dicho cuerpo normativo se estableció que se garantizaba la contratación colectiva en las empresas públicas estatales, siempre y cuando se ajustaran a los términos establecidos en los mandatos constituyentes aplicables y en las regulaciones del Ministerio del Trabajo y Empleo, actual Ministerio de Relaciones

⁵⁹En el artículo 26 de la LOEP se detalla que:“En las empresas públicas (...) están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en esta Ley, es decir, los Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los Servidores Públicos de Carrera.”.

Laborales.⁶⁰

Las disposiciones del Mandato Constituyente No. 8 contravienen lo dispuesto en el Convenio No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la OIT, ratificado por el Ecuador en 1950, en cuyos artículos 3 y 11 se consagra el derecho a la libertad sindical al establecer que: “Art. 3.1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.”, el mismo artículo también ordena que: “2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”⁶¹.

El artículo 11 de dicho Convenio dispone que: “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio, se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.”.

Se aprecia entonces que el Ecuador como miembro de la OIT que mantiene vigente el Convenio antes mencionado, está yendo en contra de las disposiciones expresas sobre la libertad sindical de los trabajadores, sean del sector privado o del sector público. Puede afirmarse que el Mandato Constituyente No. 8 con las regulaciones que contiene, está contraviniendo la esencia de la contratación colectiva.

Lo cierto es que, desde la promulgación de la Constitución de la República y de los Mandatos Constituyentes en el año 2008 (2, 4 y 8), en el Ecuador se han implementado varias políticas de corte laboral, entre ellas algunas destinadas a restringir la posibilidad de que los servidores públicos puedan organizarse en sindicatos u otro tipo de asociaciones, y así poder luchar por sus intereses. Incluso el Estado tomó cartas en el asunto de manera negativa, al dificultar la actuación de organizaciones sindicales que ya habían sido constituidas con anterioridad a dicha normativa. Cuando se emiten este tipo de disposiciones laborales en el sector público, los derechos de los servidores públicos no son

⁶⁰ Disposición General Cuarta Mandato Constituyente No. 8 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. Del 30 de abril de 2008.

⁶¹ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación que entró en vigor el 04 de julio de 1950, adoptado en la 31ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo en San Francisco, Estados Unidos de América.

totalmente garantizados y respetados por parte del Estado, e incluso son violentados, con lo cual se considera que se está dando un retroceso en materia de derechos humanos en nuestro país.

Ahora bien, se hace necesario determinar qué normas laborales rigen a los trabajadores del sector público, tema que se tratará a continuación.

2.2.1 Legislación laboral

A lo largo del presente capítulo se ha hecho mención a varias leyes, reglamentos, así como diversos tipos de regulaciones a las que las empresas públicas se encuentran sometidas. En el aspecto laboral se enumeraron también una serie de disposiciones contenidas tanto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas como en la Ley Orgánica de Servicio Público. En el presente tema se realizará una enumeración y breve análisis al conjunto de leyes, reglamentos, disposiciones, y en general todo tipo de regulaciones laborales, a los que debe someterse el personal que labora en las empresas públicas.

El objetivo es clarificar las relaciones entre los empleados y el empleador (en este caso el Estado) en el universo de las empresas públicas, definiendo aquellos límites y condiciones en que deben desenvolverse las actuaciones de ambos elementos dentro de estas empresas, ya que existe normativa laboral tanto pública como privada, a la que se ha hecho referencia en el presente estudio, y de la que se considera necesaria una ampliación con el fin de establecer el régimen jurídico laboral de estas entidades.

Una vez se ha efectuado un necesario acercamiento a la gestión del talento humano dentro de estas empresas, se enumerarán aquellas normas relacionadas con la regulación laboral, haciendo las comparaciones y aclaraciones que se consideren necesarias.

En lo que respecta al régimen laboral de las empresas públicas, señalaremos en primer lugar lo que dispone la Constitución sobre el sector público. Al ser la empresa pública un organismo creado por la Constitución para el ejercicio de la potestad estatal, prestación de servicios públicos, desarrollo de actividades económicas, entre otras, constituye parte del sector público y, como se concluyó previamente, es regida por el derecho público⁶².

⁶²Artículo 225 numeral 3 de la Constitución de la República.

Al respecto la Carta Maga ha dispuesto que todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, sean servidores públicos⁶³.

Recordemos que la Constitución Política de 1998 establecía una clasificación al respecto, donde se consideraba funcionarios a quienes ejercieran cargos de responsabilidad o dirección y eran de libre nombramiento o remoción; servidores al personal de carrera que ostentaba nombramiento y, finalmente, dignatarios a quienes eran elegidos por elecciones populares.

Dicha clasificación se puede apreciar en el artículo 121 de la Constitución de 1998: “Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.”.

Sin embargo la Constitución de la República del 2008 no efectúa diferencia alguna entre estos tres tipos de trabajadores del sector público, por ende las tres denominaciones (incluso los obreros del sector público), se hayan englobadas en la definición: “servidores públicos”.

Ahora bien, la Constitución del 2008 dispone que sea la ley la encargada de definir qué organismo será el rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público⁶⁴. En tal sentido el Ministerio de Relaciones Laborales, como entidad responsable de ejercer la rectoría de las políticas laborales, fomentar la vinculación entre oferta y demanda laboral, proteger y ser el ente rector de la administración del desarrollo institucional, de la gestión del talento humano y de las remuneraciones del sector público, es referido varias veces por la Ley Orgánica de Servicio Público respecto de temas como el ingreso, ascenso, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración entre otros, de los servidores públicos; motivo por el cual se considera es el organismo al que la Constitución hace referencia en el artículo 229.

Las prohibiciones que se establecen para todos los servidores públicos se hayan establecidas en el Art. 230, donde se ha dispuesto que éstos no podrán:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia

⁶³Artículo 229 de la Constitución de la República.

⁶⁴Artículo 229 de la Constitución de la República.

universitaria siempre que su horario lo permita.

2. Incurrir en nepotismo.
3. Efectuar acciones de discriminación de cualquier tipo.

También la Constitución ha prohibido se nombre como funcionarios y/o miembros de organismos directivos de entidades estatales que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, a personas que tuvieren intereses en el área destinada a su control⁶⁵.

La Constitución establece que: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos⁶⁶”.

También en dicho artículo se ha dispuesto la obligatoriedad de que toda persona quien ejerza un cargo público, esté sujeto a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, siendo tanto la acción como las penas imprescriptibles y permitiendo, excepcionalmente, que los juicios por el supuesto cometimiento de tales delitos, puedan seguirse en ausencia del acusado.

Finalmente la Constitución establece que todo servidor público deberá abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

Las anteriores disposiciones son bastante generales y, si bien brindan cierta guía al respecto de las regulaciones que deben cumplir los servidores públicos, es claro que la ley es la responsable de definir de manera detallada el régimen jurídico que se debe cumplir por parte de los servidores públicos de nuestro país.

Bajo dicho contexto, citaremos a la Ley Orgánica de Servicio Público –LOSEP-, la cual contiene las regulaciones en materia laboral del sector público por excelencia, ya que es catalogada como la norma que responde a las necesidades del recurso humano que labora en las instituciones y organismos públicos, según se ha enunciado por el legislador en los considerandos de la misma.

De acuerdo con la LOSEP, se entiende que son servidores públicos: “todas las personas

⁶⁵Artículo 232 de la Constitución de la República.

⁶⁶Artículo 233 de la Constitución de la República

que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo⁶⁷.

En el antes mencionado artículo la LOSEP, al disponer que los trabajadores del sector público se rijan bajo las disposiciones del Código de Trabajo, comete un error en cuanto a definición puesto que, dentro de la denominación trabajador, se encuentran las calidades de empleado y obrero, como se analizó previamente. Considero que lo que el legislador deseaba incorporar en la Ley era la disposición de que los obreros se sometieran al Código de Trabajo. Este error puede dar a entender que todos los trabajadores del sector público, es decir los servidores públicos, deben someterse a dicho Código, por ello es necesario realizar esta aclaración.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas al respecto, efectúa la siguiente clasificación:

- ✓ Servidores públicos de libre designación y remoción: aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza.
- ✓ Servidores públicos de carrera: personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública.
- ✓ Obreros: dicha calidad estará de acuerdo a la definición dada por la autoridad competente, aplicando los parámetros objetivos y de clasificación técnica que incluirá dentro de este personal a los cargos de obreros que, de manera directa, formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública⁶⁸.

Al respecto de quienes ejercen cargos de responsabilidad directiva o confianza, la Constitución ya estableció en el artículo 326 lo siguiente: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 16. En las instituciones del Estado (...), quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las

⁶⁷Artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

⁶⁸Artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

leyes que regulan la administración pública.”. Así mismo la Constitución dispone que los obreros del sector público deban estar sujetos al Código de Trabajo⁶⁹.

El Código de Trabajo contiene la siguiente disposición al respecto:

El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago. Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares⁷⁰.

La antes citada disposición no se considera una definición propiamente dicha para calificar como obrero a una persona que labore en el sector público. En tal sentido la LOEP si brinda una definición general, la cual ya fue enunciada.

Recordemos que antes se establecía que tanto los servidores públicos de carrera como los obreros estaban sujetos a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa –LOSSCA-, situación que fue redefinida mediante el Decreto Ejecutivo No. 1701 (modificado mediante el Decreto Ejecutivo No. 225 del 04 de febrero de 2010), donde se dispuso que los obreros se rijan por las disposiciones del Código de Trabajo.

En conclusión quienes laboran en las instituciones del Estado, de acuerdo a la actividad que realicen, serán considerados como servidores públicos de carrera, obreros y personal directivo de libre nombramiento y remoción, manteniendo todos ellos la denominación general de servidores públicos.

Tanto la LOEP como la LOSEP, tienen regulaciones dirigidas para los servidores públicos y las personas que ostentan cargos directivos. Es claro que las personas con cargos de obreros en general, solo deberán regir su actividad principalmente bajo las disposiciones del Código de Trabajo.

La LOEP como ya se había explicado, dispone que a aquellas personas con cargos

⁶⁹Artículo 229 de la Constitución de la República.

⁷⁰Segundo párrafo del artículo 10 del Código de Trabajo.

directivos, como personal de libre designación y remoción, se les otorguen nombramientos, pese a que no mantendrán relación laboral con la empresa pública. También establece que el régimen laboral aplicable a ellos se haya contenido en el capítulo II del Título III de esta Ley titulado “De los administradores”, donde se han descrito varias disposiciones que se estudiarán a profundidad más adelante.

Ahora bien, se presenta una interrogante sobre este tema: si se ha concluido que quienes laboran en las empresas públicas como servidores públicos se hayan regidos tanto por la LOSEP como por la LOEP, entonces ¿cuál de las dos normas prima sobre la otra a la hora de aplicar sus disposiciones al talento humano de las empresas públicas? Se ha detectado que la legislación aplicable a este tema presenta contradicciones entre sí, e incluso existen cuestiones a dilucidar a la hora de determinar directrices, responsabilidades, prohibiciones, etc., que el personal que labora en estas empresas debe cumplir; y que no serán las mismas para el talento humano de otros organismos de la Administración Pública.

En el ámbito laboral del sector público, tradicionalmente ha sido la Ley Orgánica de Servicio Público (anteriormente la LOSSCA) la que normaba a los servidores públicos en las cuestiones laborales.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Servicio Público podría ser considerada como la norma fundamental en la cual se encuentran encuadradas las actuaciones de los servidores públicos que laboran en las empresas estatales, no obstante, la misma LOSEP establece una excepción para el caso de las empresas públicas, ya que dispone en el último párrafo de artículo 3 lo siguiente: “En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades del negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.”.

Por ende, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a más de ser la norma responsable de regular la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, también es la principal fuente de regulación laboral en lo que respecta al personal que trabaja para dichas entidades, ya que existen en esta Ley disposiciones que difieren de las contenidas en la LOSEP, por ende la que prima es la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Recordemos que cuando la LOEP fue expedida en el año 2009, aún estaba vigente la Ley

Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa⁷¹, que tenía como objetivo el establecimiento, funcionamiento y desarrollo de un Sistema Técnico de Administración de Recursos Humanos aplicado a los servidores públicos en nuestro país. Por ende, ya que la LOSEP es posterior a la LOEP, esta se refirió específicamente al personal que laboraría en las empresas públicas, puesto que dichas empresas ya existían cuando la Ley fue promulgada en el año 2010, ya que la LOSEP vino a reemplazar a la LOSCCA como norma que regula las actividades antes señaladas.

Es así que las personas que laboran en las empresas públicas se rigen principalmente por las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Pública. Cabe señalar que las actividades del personal de las empresas públicas también están normadas por la LOSEP, ya que la LOEP en su Título IV establece que el talento humano (de las empresas públicas) se someterá a las leyes que regulan la administración pública⁷². En el caso de quienes tienen la calidad de obreros en las empresas públicas, la norma principal que los rige es el Código de Trabajo, pero existen regulaciones que constan en la LOEP que también deberán cumplir.

Una vez efectuada la anterior distinción, es posible asegurar que el marco jurídico laboral de las empresas públicas si bien se haya conformado por la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento y el Código de Trabajo, primordialmente es la Ley Orgánica de Empresas Públicas la que regulará al talento humano en estas empresas, exceptuando el caso de los obreros como se ha explicado.

Asimismo se debe tomar en cuenta que tanto el Mandato Constituyente No. 2, como el Mandato Constituyente No. 8 y el Mandato Constituyente No. 4, así como los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en materia laboral, contienen regulaciones aplicables al personal que labora en las empresa públicas, tal como pudimos apreciar previamente.

Se concluye que la principal regulación laboral para los servidores públicos de carrera y los de libre nombramiento y remoción en las empresas públicas, se encuentra en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Las regulaciones sobre la gestión del talento humano de las empresas públicas se

⁷¹ Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo del 2000.

⁷² Segundo párrafo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

encuentran recogidas en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. También existen disposiciones al respecto del régimen laboral de los administradores en el capítulo II del Título III de dicha Ley.

La LOEP dispone que las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, sean aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren⁷³.

Como ya se mencionó previamente en este trabajo, en el artículo 16 de la LOEP se dispone que la administración del talento humano de las empresas públicas corresponda al Gerente General de la empresa, o a su delegado. Se entiende que dicha administración debe ser efectuada en el marco de la regulación expedida no solo por la LOEP, sino también por la LOSEP y el Código de Trabajo (y demás regulaciones aplicables que se indicaron previamente) conforme las circunstancias.

La LOEP también establece que uno de los deberes del Gerente General es el de nombrar, contratar y sustituir al talento humano⁷⁴.

Ahora bien, las principales disposiciones de corte laboral que la LOEP contiene, fueron detalladas en el acápite anterior, cuando se efectuó la clasificación de las actividades que deben ser cumplidas para una efectiva gestión del talento humano.

Cabe señalar que, si bien las principales fuentes de normativa laboral han sido ya descritas, no se debe pasar por alto que cada empresa pública es un universo y que, dado que estas entidades son creadas de distinta forma y con distintos objetivos primarios, tienen diversas actividades asignadas y varían en cuanto a su tamaño y número de personas que laboran en ellas, serán siempre diferentes entre sí y mantendrán normativa laboral interna propia, la cual también forma parte del marco jurídico laboral de estas empresas. Se hablará a continuación sobre este respecto.

2.1.1.1 Normas internas del talento humano

En las empresas y organizaciones en general, la necesidad de que exista normativa específica que defina tanto las disposiciones que los trabajadores y los empleadores

⁷³Último párrafo del artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁷⁴ Artículo 10 numeral 13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

deberán cumplir, así como el detalle de las funciones de cada cargo, y aspectos relacionados con las responsabilidades de quienes ejercen cargos directivos; el procedimiento para la resolución de controversias al interior de la empresa, ha derivado en la necesidad de la entidad expida regulaciones internas propias.

En primer lugar tenemos al reglamento interno de trabajo, figura propia del sector privado y que, conforme lo dispuesto por el Código de Trabajo, es adoptada por las empresas públicas con la finalidad de abarcar las normas que regirán la relación laboral del empleador con el personal que labora para éste.

Para Zorro (1997) “el Reglamento de Trabajo es un conjunto de normas de carácter interno y contenido jurídico legitimadas por decisión de autoridad competente y por el hecho de su publicación, que determina las condiciones a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio.” (p.152).

El reglamento interno es un instrumento por medio del cual se regula tanto las obligaciones como las prohibiciones y correspondientes sanciones a las que se someterán los trabajadores, en relación con su función, estadía en la organización y en general con la vida que mantengan en la empresa.

Así mismo se considera que,

El Reglamento Interno de Trabajo, siempre que no afecte los derechos mínimos del trabajador, es una herramienta indispensable para resolver los conflictos que se llegaren a presentar dentro de la empresa, y es tan importante que no existiera, sería muy difícil sancionar a un trabajador por algún acto impropio, puesto que no habría ninguna sustentación normativa o regulatoria que ampare una decisión sancionatoria. (Madero, 2012, p 309).

Las empresas privadas en nuestro país, se encuentran obligadas a emitir dicha reglamentación en materia laboral, la cual debe ser específica y detallada y regir al interior de la entidad, sin que por ello se deje de obedecer la normativa general existente.

Dicho reglamento constituye una importante y necesaria herramienta a la hora de delimitar la actuación tanto de los trabajadores como de los empleadores, ya que en ella se recogerán lo que se conoce coloquialmente como “reglas del juego” en materia laboral.

El reglamento interno de trabajo es también importante porque contemplará todos los

aspectos que no se encuentran expresamente regidos por la legislación laboral, ya que es imposible que ésta pueda abarcar todas las regulaciones dirigidas a normar las actividades, conflictos, solicitudes, necesidades, etc., que experimentan los trabajadores y empleados dentro de la organización, y que es imposible dejar sin regular.

El Código de Trabajo hace una primera mención al reglamento interno en el artículo 42 numeral 12, donde se detalla que una de las obligaciones del empleador es la de sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado. Se entiende entonces la disposición tácita de que la entidad privada se encuentra obligada a emitir dicha normativa.

En el artículo 45 literal e del Código de Trabajo, se especifica que entre las obligaciones del trabajador, se encuentra la de cumplir las disposiciones del antes mencionado reglamento, siempre que este haya sido expedido en forma legal.

El artículo 64 del Código de Trabajo establece lo siguiente al respecto del reglamento interno:

Las fábricas y todos los establecimientos de trabajo colectivo elevarán a la Dirección Regional del Trabajo en sus respectivas jurisdicciones, copia legalizada del horario y del reglamento interno para su aprobación. Sin tal aprobación, los reglamentos no surtirán efecto en todo lo que perjudiquen a los trabajadores, especialmente en lo que se refiere a sanciones.

Finalmente se ha dispuesto que una de las causas por las que el empleador privado puede dar por terminado el contrato previo visto bueno, es cuando el empleado haya incurrido en indisciplina o desobediencia graves, a los reglamentos internos legalmente aprobados⁷⁵.

La jurisprudencia ecuatoriana nos dice al respecto que:

El Reglamento interno del que trata el Art. 63 del Código del Trabajo, para que surta sus efectos debe ser aprobado por la Dirección General del Trabajo o las Subdirecciones, (...). Que tales autoridades laborales deben reformar aún de oficio los reglamentos aprobados, para que contengan disposiciones que regulen o equilibren los intereses de empleadores y trabajadores y el cumplimiento de las prescripciones legales. Que, igualmente el reglamento podrá ser revisado y modificado por dichas autoridades por causas motivadas en todo caso, siempre que los soliciten más del cincuenta por ciento de los trabajadores de

⁷⁵Artículo 172 numeral 2 del Código de Trabajo publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 del 16 de diciembre del 2005.

la misma Empresa.⁷⁶

Vemos entonces que el reglamento interno es factible de ser modificado de oficio por el órgano competente en materia laboral; con lo cual se procura proteger al empleado frente a posibles abusos por parte del empleador, al emitir las directrices de comportamiento al interior de la empresa, y que dichas revisiones y modificaciones también podrán ser solicitadas por parte de los trabajadores, siempre y cuando lo requiera más del cincuenta por ciento de quienes laboran en la entidad.

Las disposiciones contenida en el Código de Trabajo respecto del reglamento interno, están dirigidas a las organizaciones privadas, por ende, no se aplican a las empresas públicas, no obstante, se consideró necesario tocar el tema ya que como se ha venido insistiendo, las empresas del Estado si bien pertenecen al sector público, adoptan características e instrumentos propios del sector privado. Asimismo, en el sector público este documento, conforme lo dispone la LOSEP en el artículo 53, deberá ser elaborado por las UATH: “Las Unidades de Administración del Talento Humano, ejercerán las siguientes atribuciones y responsabilidades: c) Elaborar el reglamento interno de administración del talento humano, con sujeción a las normas técnicas del Ministerio de Relaciones Laborales;”.

Cabe efectuar una reflexión respecto de la potestad reglamentaria que tiene la Administración Pública, conforme la cual ésta tiene la facultad de crear normativa con un rango inferior a la ley, como por ejemplo reglamentos o decretos. Ya que el presente trabajo se refiere al reglamento interno de trabajo de una empresa pública, esta normativa, si bien no será igual ni se regirá bajo las mismas disposiciones del instrumento que se utiliza en las empresas privadas, tampoco se puede considerar que será elaborada por la Administración Pública en el ejercicio de la antes mencionada facultad, ya que la esencia del documento quedaría alterada.

El reglamento interno de una empresa pública debe contener regulaciones detalladas y específicas dirigidas al personal de la organización, razón por la cual deberá ser elaborado tomando en cuenta las circunstancias que rodeen cada una de estas entidades.

⁷⁶Fallo de Tercera Instancia Sala de lo Laboral Tribunal Supremo de Justicia publicado en la Gaceta Judicial No. 1. Serie XIV. Año 1983. Pág. 48. Juicio Verbal Sumario seguido por Aura Lara Pesantes contra César Muñoz Vicuña.

De acuerdo con Kligner (2002), el manual de personal o reglamento interno de trabajo “(...) contiene las políticas, normas, regulaciones, procedimientos y prácticas que constituyen un concreto sistema de personal. Por ejemplo puede haber una política que dé prioridad a la promoción interior; o reglas que limiten la actividad política de los empleados mientras estén en sus puestos (...). Estas políticas y reglas constituyen algunos de los términos de una relación de trabajo” (p.20).

Continuando con la normativa interna de las empresas públicas, cabe señalar que la Contraloría General del Estado en cumplimiento con lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicha entidad⁷⁷, mediante acuerdo 039 CG del 16 de noviembre de 2009 expidió las “Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”, las cuáles constituyen el marco básico para que las instituciones del Estado y sus servidores establezcan y pongan en funcionamiento su propio control al interior.

Las empresas públicas como parte del sector público deberán regirse a dichas normas tal como se ha dispuesto en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo: “Las normas de control interno se aplicarán en todas las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, a las que se refiere el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador.”.

Las antes mencionadas Normas de control interno tienen por objeto el propiciar el mejoramiento de los sistemas de control interno y la gestión de los órganos públicos, con el fin de que se dé una mejor utilización de los recursos públicos y se alcancen los objetivos propuestos⁷⁸. Por ende, los reglamentos internos de trabajo como parte del control interno de las empresas públicas, deberán encontrarse enmarcados en las regulaciones de dichas normas.

En conclusión, al respecto del reglamento interno, tanto las empresas del sector privado como aquellas del sector público expiden este tipo de normativa con las finalidades que se han explicado, sin embargo, cabe recalcar que la función sancionadora del sector público no es igual a la del sector privado.

⁷⁷ Artículo 7 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 del 12 de junio de 2002.

⁷⁸ Artículo 1 del Acuerdo 039-CG que contiene las normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado publicado mediante Suplemento del Registro Oficial No. 87 del catorce de diciembre de 2009.

Las actuaciones del personal que labora en el sector público podrán ser objetadas por la sociedad, ya que una queja presentada contra un funcionario público surtirá diferentes efectos que una queja presentada en una organización privada.

En el sector público, si existe algún incumplimiento por parte de un servidor público, es preciso se le inicie el correspondiente proceso de sumario administrativo como se ha explicado, por ende, la normativa interna de los organismos públicos (entre ellos las empresas públicas) variará en relación a la de las empresas privadas donde no existen tales figuras de procesos previos a la sanción. Cabe acotar que en caso de ser un obrero quien incurra en tales acciones, se regirá bajo las normas sobre este respecto contenidas en el Código de Trabajo conforme la misma LOEP lo ha dispuesto.

Dentro de la normativa laboral interna también podemos mencionar al manual de funciones el cual “expresa todas las actividades que debe desarrollar un trabajador en determinado cargo. También debe contemplar las responsabilidades que le son inherentes, así como su nivel de interacción.” (Galindo, 2009, p. 83), por ende es también importante el que cada empresa pública tenga su propio manual de funciones con lo cual se brindará una directriz clara al respecto de las actuaciones que cada servidor público deberá cumplir, en el ejercicio de sus labores dentro de la empresa pública.

Las empresas públicas son diferentes a los demás órganos del Estado y también difieren entre sí. Cada una cumple con actividades diversas, algunas prestan servicios públicos, otras se encargan de la explotación de recursos naturales, y otras gestionarán cualquier otra actividad económica que el Estado les asigne. Al ser las empresas públicas creadas de manera diferente, sea por parte de la Función Ejecutiva, como por uno o más GADs, o por una universidad pública, tendrán una normativa interna propia que no será necesariamente igual a las de sus homólogas. Al respecto daremos un ejemplo: mediante Resolución No. EPMSA-SD-15-11-2012, el Directorio de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, expidió su reglamento interno de administración del talento humano, donde se ha establecido el marco para la regulación laboral de los funcionarios de dicha empresa.

Otro caso es el de la Empresa Pública de Hidrocarburos, cuyo Gerente General mediante Resolución No. 2012143, expidió un reglamento de seguridad y salud, donde se tratan exclusivamente dichos temas. Debido a las actividades en las que incurre dicha entidad, se decidió incluir estos temas en dicha norma, y los demás en el reglamento interno.

Con las explicaciones brindadas se ha procurado ampliar la información jurídica laboral respecto de las empresas públicas, ya que luego de esto se continuará con el siguiente capítulo dedicado a quienes administran tales entidades y el régimen jurídico laboral que regula sus actividades.

Ahora bien, la materia respecto de las empresas públicas, ha sido abordada desde distintos puntos de vista, con lo cual se han brindado importantes aportes que faciliten el análisis de los temas referentes al medio laboral donde actúan quienes se encargan de administrar a las mismas. El régimen jurídico de los órganos de administración es el tema principal de la presente disertación, razón por la cual en el siguiente capítulo se expondrán los contenidos relacionadas con este tema.

CAPÍTULO III

LOS ADMINISTRADORES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR

3.1 Generalidades

Tal como se ha explicado en los anteriores capítulos, la empresa pública, que constituye una de las herramientas que el Estado utiliza para la consecución de sus fines, si bien pertenece al sector público, es una organización que mantiene una estructura similar a la de las empresas privadas, ya que de esa forma le es posible cumplir eficaz y eficientemente las actividades a ella encomendadas.

Al respecto recordemos que “para ser empresario el Estado tuvo y tiene que someterse a las normas jurídicas propias a toda empresa: civiles y mercantiles, es decir, al derecho privado. Este sometimiento a normas de diverso orden es el camino obligado para dar respuesta oportuna y adecuada a las exigencias actuales en que se colocan los países de mayor o menor desarrollo económico” (Nava, 1965, p. 120).

Se considera entonces que para el cumplimiento de sus finalidades, es necesario que la empresa pública tenga un margen de acción más amplio y se le permita conducirse como lo haría una empresa privada, sobre todo en lo que respecta a su organización interna y a la interacción con los agentes del mercado; de otro, modo se dificulta el alcanza de sus fines,

como por ejemplo el superávit del que nos habla la LOEP en el artículo 39⁷⁹.

En tal sentido, la empresa pública replica muchas de las formas en las que se halla estructurada la empresa privada, como lo relacionado con los órganos de administración.

Es por esto que es necesario explorar brevemente el universo organizacional de la empresa privada, tanto desde el enfoque de derecho como desde el enfoque de la ciencia administrativa, antes de continuar con el análisis de estos temas respecto de la empresa pública.

Cabe señalar que,

En las organizaciones formales las esferas de poder están dadas por una estructura piramidal que tiene en su cúspide la máxima autoridad, colegiada o individual; que detenta poderes jurídicos irrenunciables que puede delegar gradualmente a quienes se encuentran sometidos a ella, determinándoles el alcance de sus atribuciones y confiriéndoles un “status jerárquico” (...) la estructura piramidal es lógica dentro de sistemas de división del trabajo. (Zorro, 1977, p. 148).

Generalmente las organizaciones mantienen una estructura interna de tipo piramidal. Existen al interior niveles que se encargan de distintas actividades, como fue explicado ya en el tema respecto de la estructura de la empresa pública. En la escala más alta están los niveles superiores o estratégicos. A este nivel pertenece el órgano de gobierno de la empresa. Al nivel intermedio pertenecen el directorio y la gerencia general, como entes de administración.

En la empresa privada el órgano de gobierno varía dependiendo del tipo de sociedad que esta sea, por ejemplo en las compañías de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, de acuerdo con los artículos 116 y 230 de la Ley de Compañías, el órgano supremo de la compañía es la junta general conformada por los accionistas legalmente convocados y reunidos. En la compañía en comandita simple, lo es la reunión de socios (Cabanellas, 1996).

⁷⁹El artículo 39 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realice, a que se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de dicha Ley. Los fines mencionados guardan relación con la gestión eficiente y eficaz así como con una correcta regulación de la actividad de la empresa pública en nuestro país.

Cabe señalar que la junta general se encuentra integrada por los socios de la empresa privada, en razón de la premisa de que la compañía existe con el propósito de que los socios obtengan beneficios derivados de la actividad económica llevada a cabo por la entidad; y son quienes mantienen el interés inmediato en el manejo de la empresa ya que, tanto el éxito como el fracaso de la misma, repercutirán sobre los beneficios patrimoniales de los que ellos puedan gozar. Es por esto que los socios detentan el poder de gobierno dentro de la organización privada y son responsables de cualquier conducta imputable a la misma (Cabanellas, 1996).

Ramírez (2013) expresa que dentro de la sociedad anónima, “el gobierno de la compañía corresponde a los accionistas y lo ejercen a través de la junta general. La administración la llevan los órganos establecidos en el Estatuto” (p. 92).

Se considera que la estructura administrativa intermedia en la compañía limitada comprende a la presidencia y a la gerencia. Para ciertas compañías se puede establecer además un comité ejecutivo, un consejo de administración o un directorio. Para el caso de las sociedades anónimas se ha dispuesto en la Ley de Compañías, que el contrato social fije la estructura administrativa⁸⁰, la cual normalmente está constituida por la presidencia, la gerencia y dependiendo de diversos factores, un directorio (Ramírez 2013).

Tal como lo expresa Cabanellas (1996) “la determinación de las atribuciones de los órganos de administración societaria constituye uno de los aspectos centrales de la estructura organizativa de las sociedades, y al tiempo una de las materias que mayores discordancias y vacíos se encuentran en materia de sistematización doctrinaria y legislativa” (p.205).

En la mayoría de empresas del sector privado, el órgano responsable de la administración es el directorio.

El directorio de la empresa es nombrado por la junta general, normalmente por votación de todos los socios que la conforman y a este “...le compete la gestión de los negocios sociales pues es el órgano de administración. La función administrativa –*strictu sensu*– supone gestión interna, [sin embargo] al directorio no solo le corresponde una función de esta índole, sino también externa y, en algunos casos, representativa” (Gagliardo, 1981, p. 89).

⁸⁰ Artículo 251 de la Ley de Compañías.

De acuerdo con Cabanellas (1996),

La función básica del órgano de administración es el tomar decisiones relativas a las actividades productivas de la sociedad, que no supongan una modificación sustancial en la estructura de la organización económica que subyace a la sociedad. El órgano de administración tiene también a su cargo las funciones necesarias para la preservación y adecuación de la estructura jurídica de la sociedad y para el cumplimiento de las cargas jurídicas que pesan sobre tal sociedad, en la medida en que no correspondan a otros órganos societarios. (p. 205).

Tales actividades corresponden a groso modo las obligaciones que tiene el directorio como órgano de administración de las empresas privadas. Si bien la Ley de Compañías de nuestro país se refiere en varios artículos al directorio de la empresa, no especifica las funciones y deberes de dicho organismo, ya que establece que estos se encontrarán contenidos y detallados en el contrato social de cada empresa.

El contrato social o estatuto contiene los elementos que regulan la existencia de la sociedad, su relación con los socios y la de estos entre sí, entre otros aspectos relacionados con la administración de la compañía. Por medio de este documento se da lugar al nacimiento de un ente con personalidad jurídica, es decir, la empresa (Cabanellas, 1994).

La Ley de Compañías especifica que el “contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”⁸¹.

Ahora bien, para que la empresa como tal pueda funcionar de manera eficiente y eficaz, se ha determinado la necesidad de que el directorio nombre a determinada persona como empleado jerárquico generalmente conocido como gerente general de la empresa, a quien se le imponen diversas responsabilidades relacionadas con la ejecución de las decisiones tomadas por dicho órgano de administración. La actuación del gerente general constituye la administración efectiva de la sociedad. Esta administración normalmente queda fuera de la órbita del directorio u órgano de administración de la empresa y, así mismo, dicho

⁸¹ Artículo 1 de la Ley de Compañías publicada en el Registro Oficial No. 312 del 5 de noviembre de 1999.

órgano se abstiene de interferir en las actuaciones de la gerencia. Esto no impide que la gerencia general deba responder por el dolo o la culpa que resulten de la acción u omisión en el ejercicio de sus funciones dentro de la empresa (Cabanellas, 1996).

3.3 La figura del administrador en la empresa

Una vez se han descrito los órganos que normalmente conforman la estructura administrativa de las sociedades, vale reconocer la necesidad de abordar el tema respecto de quienes constituyen los órganos de administración, dado el importante rol que cumplen dentro de las organizaciones. Es necesario recalcar que la función administrativa como parte de la estructura organizacional, resulta ser un área sumamente trascendental, ya que es la encargada de procurar el medio necesario para el alcance de los objetivos comunes de la entidad, así como de quienes laboran en ella.

Existen grandes responsabilidades que recaen sobre los hombros de las personas que tienen el rol de administradores. Las actividades que dichos trabajadores desarrollan dentro del sector empresarial, tanto privado como público, son amplias y sumamente valiosas para la organización.

Ahora bien, la figura del administrador se puede estudiar desde el punto de vista de la ciencia administrativa y de la ciencia jurídica.

La ciencia administrativa sostiene que las organizaciones están conformadas por personas quienes cumplen papeles específicos dentro de las mismas, con lo cual permiten que aquellas funcionen de manera eficiente y eficaz, brindando al mismo tiempo un espacio para que los individuos se desarrollen y cumplan con sus proyectos de vida. En tal sentido, el administrador mantiene un gran compromiso respecto de la organización y respecto de quienes la conforman, siendo responsable de facilitar el alcance de las metas de ambos elementos.

Se puede asegurar que,

En un sentido muy real, en todo tipo de organizaciones, sean o no de negocios, el objetivo lógico y públicamente deseable de todos los administradores debe ser un excedente. Así los administradores necesitan establecer un medio en el que las personas puedan lograr metas colectivas, empleando la menor cantidad posible de tiempo, dinero, materiales e

insatisfacción personal o bien, en el cual puedan lograr (...) un objetivo deseable mediante una serie de recursos disponibles. (Koonts y Weihrich, 2002, p. 7).

El administrador tiene la tarea de crear el medio necesario para que quienes laboran al interior de la organización, realicen sus tareas correctamente, utilizando de mejor manera los recursos con los que cuentan, mediante lo cual se pretende alcanzar los objetivos combinados de la persona jurídica y de las personas naturales.

Es así que,

La tarea del administrador consiste en obtener y utilizar los recursos de la organización y transformarlos a través de las funciones administrativas, prestando la debida consideración a las variables externas, con el fin de obtener unos resultados u objetivos, procurando siempre que la suma de esfuerzos de los individuos que la componen produzca un efecto sinérgico, esto es, superior a la suma de esfuerzos individuales, en garantía de la eficiencia de la organización. (Aguirre, Castillo, Tous, 1999, p. 20).

De acuerdo con Chiavenato (1998), es comprensible que dentro de toda organización sea necesario que exista una correcta administración,

Ya sea en las industrias, en el comercio, en las organizaciones de servicios públicos, en los hospitales, en las universidades, en las instituciones militares o en cualquier otra forma de empresa humana, la eficacia con que las personas trabajan en conjunto para conseguir objetivos comunes depende principalmente de la capacidad de quienes ejercen la función administrativa. (p. 7).

Tal como la ciencia del derecho se ha encargado de poner su parte para brindar un marco jurídico a la actuación de la empresa (el cual se estudiará más adelante), la ciencia administrativa se ha preocupado de estudiar la estructura de la misma, y especialmente de quienes la dirigen y administran con el fin de promover la eficiencia y eficacia en el trabajo de la organización.

Vale recordar que la empresa como organización apta para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, la cual desarrolla sus actividades para el logro de los objetivos económicos planteados, es un presupuesto fundamental para la elaboración

teórica y la ejecución práctica de los postulados de la ciencia de la administración (Zorro, 1977).

La labor del administrador o gerente dentro de la organización en lo que compete a la ciencia administrativa, se encontrará detallada en el contrato social de la compañía. Ahora bien la ciencia administrativa ha estudiado ampliamente la figura de administrador y es por ello que esta será analizada desde ese punto de vista.

McGregor (1994) considera que "...una de las principales tareas del administrador es organizar el esfuerzo humano para servir a los objetivos económicos de la empresa. Toda decisión de la gerencia tiene consecuencias que se traducen en el comportamiento humano. Una administración que tenga éxito depende (...) de la capacidad para predecir y controlar la conducta humana." (p.4).

La figura del administrador es conceptualizada en la generalidad como "alguien que trabaja con otras personas y a través de ellas coordina sus actividades laborales para cumplir con las metas de la organización. Su trabajo no es de realizaciones personales, sino de ayudar a los demás a hacer su trabajo y conseguir logros" (Robbins y Coulter, 2005, p.5).

El administrador mantiene un tipo de autoridad legal-racional, "...el ejercicio de esta forma de autoridad se legitima al ocupar una posición o un cargo de autoridad (...)." (Tausky, 1970, p. 105).

En tal sentido se considera necesario efectuar una distinción antes de continuar, ya que el término administrador puede ser utilizado para definir distintas funciones que cumplen aquellas personas que mantienen cargos directivos dentro de la empresa. Sobre ese respecto Koonts y Weihrich (2002) clasifican a la jerarquía organizacional de la siguiente manera:

- ✓ Administradores de nivel superior.
- ✓ Administradores de nivel medio.
- ✓ Supervisores de primer nivel.

Ya que el presente trabajo se encuentra dirigido a los administradores de las empresas públicas que se encuentran encuadrados en el nivel superior, es decir a los Gerentes Generales y a los Presidentes del Directorio, solo me centraré en dichas figuras. A partir de ahora el término administrador será utilizado para definir solamente los administradores

del nivel superior.

Ahora bien, el administrador es el responsable de tomar las decisiones que abarcan a toda la organización y determinar planes y metas que atañen a la misma en su conjunto. Dentro de sus funciones encontramos las que comúnmente han sido aportadas por la doctrina relativa a la ciencia administrativa que son: la planeación, la organización, la dirección (o ejecución) y el control.

La planeación versa sobre la definición de las metas y la fijación de las estrategias para alcanzar tales objetivos, siendo necesario el trazar los planes para integrar y coordinar los procedimientos de la entidad.

El administrador también debe organizar, es decir, determinar qué tareas hay que hacer, donde se deben tomar las decisiones, quién debe efectuar tales tareas, cómo se deben agrupar a los trabajadores, quién será responsable de rendir cuentas, entre otras.

La definición consiste en primer lugar, en la correcta relación con los demás, y en segundo lugar en la de relacionarse con la organización en sí. También trata sobre la relación del administrador con el exterior de la organización.

En la actividad de dirección el administrador debe trabajar con las personas que laboran dentro de la organización y dirigir las, es decir, motivar a sus subordinados e influir en ellos y en los equipos que conforman, a través de una comunicación efectiva.

Finalmente el administrador, luego de que ha fijado las metas, ha decidido el esquema estructural y ha contratado, capacitado y monitoreado al talento humano, debe evaluar si las cosas van como lo había previsto, para lo cual comparará el desempeño en la realidad versus los objetivos planteados y corregirá, de ser necesario, el rumbo que ha tomado la organización. Esta es conocida como la tarea de control (Robbins y Coulter 2005).

La labor del administrador, como se puede apreciar, mantiene altas responsabilidades que están relacionadas con las tareas asignadas a los demás, y no simplemente con un cumplimiento de actividades únicas asignadas al puesto, como sucede en otros cargos.

De acuerdo con Robbins y Coulter (2005) los roles de autoridad, negociador, enlazador y vocero serán más importantes en los gerentes del nivel superior que en los de otros niveles.

En lo que respecta a la responsabilidad del administrador directivo de la empresa, ésta es expresada en 4 etapas. La primera se pone de manifiesto cuando persigue los intereses de

los accionistas dentro del marco jurídico existente. La segunda se presenta cuando el gerente extiende su responsabilidad a otro grupo interesado: los trabajadores, preocupándose por el ambiente y la seguridad laboral, así como por los derechos y deberes de estos.

En la tercera etapa el gerente amplía sus responsabilidades aún más y llega a los interesados del entorno de la empresa, es decir a los clientes y proveedores⁸².

Finalmente en la etapa cuatro se evidencia el compromiso socioeconómico del administrador para con la sociedad, esto tiene que ver con la responsabilidad que la empresa mantiene con la colectividad, ya que al fin y al cabo la empresa es una entidad que existe e influye con su actividad en la misma. El gerente tiene como deber el promover la justicia social, aún si esto va en desmérito de las utilidades de la entidad.

La responsabilidad social empresaria –RSE-, es definida como una contribución por parte de las organizaciones hacia el desarrollo y mejoramiento del medio social, respecto de diversos temas como por ejemplo el aspecto económico o el ambiental.

En América Latina “la responsabilidad social del empresario es un tema presente en la región desde principios del siglo XX, aunque el vínculo tradicionalmente reconocido como la primera relación entre la empresa y la sociedad es la filantropía —una acción de caridad de la empresa hacia su comunidad—” (Correa, Flynn y Amitt, 2004, p.7).

Si bien una definición concreta de lo que son las diversas iniciativas relacionadas con la RSE no es posible de enunciar, “...temas comunes, tales como la preocupación por el comportamiento ético de la empresa, las condiciones de los trabajadores, el desarrollo comunitario, y el impacto sobre el medio ambiente” (Correa, Flynn y Amitt, 2004, p.7), pueden estar entre los conceptos más acercados a lo que se conoce como RSE de las empresas.

Continuando con el tema respecto de los órganos de administración, tal como debe de ser, el derecho norma sus actuaciones dentro de la empresa, con la finalidad de que esta mantenga una relación positiva con la sociedad.

Sin embargo, la forma en la que interactúan las empresas con la colectividad puede causar perjuicios a la sociedad, pese a que exista normativa que prevenga dichos sucesos.

⁸²Se considera que las metas de responsabilidad social de estas partes son los precios justos, productos y servicios de calidad y las buenas relaciones (Robbins y Coulter 2005).

Cuando las empresas se conducen de manera equivocada, por ejemplo, en el caso de que solo sirvan a los intereses de la minoría que ostenta el poder monetario, o cuando la explotación de los recursos naturales sea indiscriminada y sin seguir planes de recuperación del ecosistema afectado, se generan graves problemas para la comunidad. Si la empresa, a través de sus administradores, actúa de forma ilegal o ilegítima, casi seguramente lesionará los derechos de quienes mantienen relación con ella, sea como clientes, como proveedores e incluso como parte del área operativa propia, no obstante, el alcance de los perjuicios podría incluir a personas con las que no se tiene relación directa. Es por esto que, con el fin de prevenir tales sucesos, las actuaciones de las sociedades se han normado de forma extensa desde tiempos inmemoriales, por medio de códigos de comercio, leyes sobre las compañías, reglamentos, ordenanzas, disposiciones respecto del derecho de los trabajadores, etc.

La ciencia jurídica nos brinda interesantes aspectos sobre la regulación de las empresas y sus administradores en nuestro país, las cuales se analizarán a continuación.

El derecho, como hemos visto, ha procurado reglamentar el funcionamiento de las empresas en nuestro país, y así mismo brindar un marco normativo a las actuaciones de sus administradores.

En primer lugar, la designación del o de los administradores se efectúa por el órgano competente dentro de la entidad. Como se mencionó, normalmente son los socios quienes nombran al administrador y éste puede ser parte del directorio o venir de fuera de su seno. La forma en la que ocurre tal designación estará detallada en el contrato social.

La Ley de Compañías incluye varias disposiciones respecto del aspecto administrativo de las diversas sociedades, las más relevantes serán expuestas a continuación; sin embargo cabe recalcar que en nuestra legislación existe cierta libertad para que la forma en que es nombrado el administrador, el tiempo que durará en su cargo, las responsabilidades y obligaciones que le son impuestas, etc., puedan normarse conforme la voluntad de los socios, e incluso de manera distinta a los modelos existentes para cada tipo de sociedad que presenta la Ley. Es necesario que dicha reglamentación conste en el contrato social de la empresa, como hemos dicho, y que no vaya en contra de disposiciones obligatorias establecidas en la norma.

El administrador es quien representa a la sociedad, ya que ésta no puede actuar dado que es una persona jurídica relativamente incapaz que se vale de las personas reales para poder

efectuar cualquier tipo de iniciativa, adoptar decisiones respecto de su funcionamiento y llevarlas a cabo, puesto que “la compañía como persona jurídica, y por tanto ficticia, sólo puede actuar a través del representante legal. La Ley de Compañías no determina cuál de los administradores es el representante legal. Por consiguiente, los estatutos señalarán al administrador que tenga la representación legal, que puede ser el Presidente, el Gerente general e incluso un organismo (...).” (Ramírez, 2013, p. 19).

La Ley dispone que uno de los administradores mantenga la representación legal de la sociedad e inscriba su nombramiento con la razón de su aceptación en el Registro Mercantil, cuya fecha constituirá el inicio de sus funciones.

Cabe destacar que la Ley dispone que sea ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes, que se estipulare en el contrato social o en sus reformas⁸³, dado que no se podrá concertar este tipo de restricciones que van en contra de ley expresa, y puesto que con ello se espera que el administrador cumpla con sus deberes y responsabilidades y no se valga de posibles cláusulas absolutorias en el estatuto para evadirlas y responda a la hora de enfrentarse con las exigencias de su cargo, sea por peticiones de los socios, de los trabajadores de la entidad o de terceros.

El Código de Trabajo dispone al respecto, en el artículo 36, que los administradores son considerados representantes de los empleadores y, en general, las personas que a nombre de sus principales ejerzan funciones de dirección y administración. Todos ellos serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador⁸⁴.

En cuanto a la duración del cargo de administrador, esta será estipulada en el contrato social y no podrá superar los cinco años (con excepción de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple en las que no hay un límite de tiempo)⁸⁵, sin perjuicio de que éste pueda ser indefinidamente reelegido o removido por las causas legales.

Es necesario señalar que no existe una regla general para todas las empresas, la representación legal en el caso de las sociedades anónimas, normalmente es responsabilidad que se asigna al presidente del directorio.

Pese a que el administrador ejerza dicho rol por un tiempo establecido y pueda reelegirse,

⁸³ Artículo 12 de la Ley de Compañías.

⁸⁴ Artículo 36 del Código de Trabajo.

⁸⁵ Artículo 13 de la Ley de Compañías.

esto no significa que no pueda ser cesado en caso de que así lo considere el órgano de gobierno de la empresa o por causas legales.

El administrador también tiene la libertad de renunciar si así lo desea. Cualquier cambio importante, deberá notificarse al Registro Mercantil con el fin de que tales novedades se hagan públicas y quien ejercía como administrador ya no sea responsable de los actos que se efectúan en la empresa, ni lo suscrito por él sea tomado como parte de su función como administrador.

Ahora que se han brindado importantes referencias sobre la figura del administrador en las empresas en general, es importante avanzar un escalón más y abordar el tema desde el ámbito público, es decir, acercarse al órgano administrativo de las empresas de propiedad del Estado.

Ahora bien, en base a lo que previamente se explicó respecto de lo que la legislación y la ciencia administrativa sostienen sobre la figura de administrador en las sociedades de nuestro país, se planteará de manera más específica la labor del órgano administrador de la empresa.

3.2.1 El Gerente General y el Presidente del Directorio como administradores de las empresas públicas

El análisis de la forma en que las sociedades en general se encuentran estructuradas, así como el acercamiento a la figura del administrador en la empresa, constituyen sin lugar a dudas, una base para el posterior estudio de los órganos administrativos en la empresa pública.

La administración de las empresas en general corresponde un aspecto sumamente importante, y en el caso de las empresas públicas lo es aún más dado que son entidades públicas con responsabilidades sociales mayores.

Al respecto, se presenta la necesidad de analizar el marco jurídico en que quienes las administran desarrollan su actividad.

En tal sentido Nava (1965), considera que,

La empresa pública de propiedad pública únicamente es una organización administrativa creada por el Estado. El servicio público económico que realiza es a través de una personalidad jurídica y con un patrimonio propio. Su estructura administrativa le hace

formar parte de la administración pública en general, pero su autonomía le permite actuar separadamente. Funciona con una personalidad distinta a la del Estado y sus operaciones e inversiones encuentran apoyo en un patrimonio propio, sin que su presupuesto forme parte del presupuesto general del Estado. Pero su autonomía y funciones económicas no rompen con la unidad de la administración, pues logran armonizar con ella en virtud de estar vinculada con el Estado a través de la tutela económica que éste ejerce sobre aquélla. (p. 132).

De lo anteriormente citado es factible realizar varios comentarios. La empresa pública forma parte de la Administración Pública, sin embargo, mantiene cierta independencia del Estado dado que posee personalidad jurídica y goza de autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión; características que no quebrantan la unidad administrativa del Estado como acertadamente expone el autor. Incluso la empresa pública mantiene un presupuesto separado del Presupuesto General del Estado. Al respecto la Constitución, en el artículo 299, dispone que en el Banco Central se creen cuentas especiales para el manejo de los depósitos de las empresas públicas.

Todas estas singularidades de la empresa pública se deben a que ésta ha sido concebida para funcionar como una entidad productiva o de prestación de servicios, pero sin fines de lucro; sino que es creada para el cumplimiento de los objetivos sociales que ya han sido expuestos y analizados previamente.

Es así que la empresa pública, como entidad sui géneris, mantiene una estructura administrativa propia, la cual es comparable con las empresas privadas y hasta cierto punto, con las instituciones del Estado, pero que no es igual a ninguna de ellas.

La estructura de la empresa pública ha tomado aspectos de la empresa privada, aunque también existen diferencias de forma y de fondo entre ambos tipos de entidades.

Es comprensible entonces que al interior de las empresas públicas existan figuras novedosas, regímenes que no son del todo claros y estructuras únicas que necesitan ser estudiadas desde muchos puntos de vista.

Ahora bien, tal como lo ha dispuesto la Ley Orgánica de Empresas Públicas, tanto la figura del Directorio como la del Gerente General, deberán coexistir al interior de la empresa pública y cumplir con la actividades que les encomienda la Ley, no obstante, ambos órganos difieren en gran medida de los análogos en la empresa privada.

De acuerdo con el Título III de la LOEP, dentro de la empresa pública el órgano que cumple con el papel de dirección es el Directorio, y el que cumple con el papel de administración es la gerencia general⁸⁶. Como vemos no existe un órgano de gobierno propiamente dicho como sucede en la empresa privada, esto se debe a que no se presenta la necesidad de que se conforme dicho órgano ya que no hay socios cuando se habla de empresas de propiedad del Estado.

En una sociedad de economía mixta el Estado si es uno de los socios, junto con personas naturales o jurídicas del sector privado.

Puede surgir la interrogante de si en el caso de las empresas constituidas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, o entre dos de estos últimos, se estaría ante dos socios que constituyen una empresa, sin embargo, no se puede confundir ambos términos, ya que es el Estado es el que aporta con el capital a la empresa pública, sea a través de uno o más de sus organismos, y esos a su vez no son considerados bajo ningún concepto como socios en la creación de este tipo de empresa.

Dentro de la empresa pública el Directorio se encarga de adoptar las decisiones internas, las cuáles deben ser ejecutadas por la gerencia general y obedecidas por el nivel operativo, con lo cual se pone en funcionamiento el aparato interno de la entidad y se trabaja para el alcance de sus objetivos.

Si bien la LOEP hace una distinción en el artículo 6, al establecer que la dirección de la empresa será efectuada por el Directorio y la administración por la gerencia general, al no existir un órgano de gobierno en las empresas públicas, estos dos corresponden al nivel administrativo de la empresa, sea esta una administración directiva o una administración efectiva, pues como hemos visto, tanto desde el punto de vista del derecho, como de la ciencia administrativa, en las organizaciones en general tales órganos corresponden a la escala administrativa. Es por ello que se considera que, tanto el directorio y su presidente, representante del mismo, como la gerencia general, son órganos de administración de las empresas públicas; incluso más adelante la Ley en el artículo 15 que versa sobre el alcance de la responsabilidad de los administradores en general, califica como órganos de administración al Directorio y al Gerente general:

⁸⁶ Artículo 6 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En las empresas públicas, el cargo de quienes integren los órganos de administración debe ser compatible entre el interés de la empresa, su desarrollo y el del Estado. Deberán velar por el cumplimiento de los objetivos estatales que se señalen para cada empresa, los que podrán referirse además a logros no económicos pero con una manifiesta rentabilidad social, alcanzada en la medida en que se cumplan los objetivos previstos en el Art. 2 de esta Ley (...).

Cabe aclarar que no se considera al gerente de las filiales o subsidiarias de las empresas públicas dentro de dicha clasificación, en virtud de que tales entidades son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones mantienen la mayoría accionaria⁸⁷, y como se explicó no son consideradas empresas públicas.

En lo que respecta al Directorio de las empresas públicas, cabe recalcar que si bien éste es uno de los órganos de administración, sus actuaciones serán del tipo directivas, mas no ejecutivas.

Las formas en las que el Directorio debe conformarse, han sido expuestas en el acápite sobre la estructura de la empresa pública, donde se explicó qué autoridades deben ser las que integren dicho órgano, así como el número máximo de miembros que podrá tener y quien deberá cumplir con el papel de presidente, todo lo cual varía dependiendo de la clase de empresa pública que sea.

En tal sentido recordemos que, en caso de las empresas constituidas por la Función Ejecutiva, el cargo de presidente deberá ejercerlo el Ministro del ramo al que pertenece la empresa pública, aunque en la práctica esto dependerá de la actividad que realice la empresa. Como ejemplo mencionaré el caso de la entidad pública Ecuador Tv y Radio Pública EP, en la cual quien preside el Directorio es el Secretario Nacional de Comunicación, doctor Fernando Alvarado Espinel⁸⁸, ya que en el ámbito de la comunicación no existe en nuestro país un ministerio que se encargue de gestionar esta rama, sino que tal actividad ha sido encargada a una secretaría.

Así mismo, en el caso de las empresas constituidas por los gobiernos autónomos descentralizados, el presidente será la máxima autoridad del GAD, sea el Alcalde, el o Prefecto, o el Gobernador Regional(o el delegado respectivo).

⁸⁷ Segundo párrafo del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁸⁸ Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 202 del 02 de enero de 2014.

Cuando las empresas son creadas por más de un GAD, la presidencia del directorio corresponderá a quien designen los representantes legales de dichos gobiernos y cuando estas son creadas por la Función Ejecutiva y un gobierno autónomo descentralizado, el presidente será elegido de entre los miembros del directorio, situación que es análoga a lo que normalmente sucede en las sociedades privadas.

Finalmente en el caso de las empresas creadas por las universidades públicas se estará a lo que al respecto se estipule en la resolución de creación, ya que en la Ley no se ha detallado disposiciones al respecto.

Ahora bien, en referencia al órgano de administración ejecutiva en la empresa pública, es decir la gerencia general, conforme lo establece la LOEP, el Gerente General será designado por el Directorio obligatoriamente de fuera de su seno. La gerencia general es el órgano responsable de la administración ejecutiva y de la gestión de la empresa pública y ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa; siendo en consecuencia responsable de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa⁸⁹.

Esta es una de las diferencias que existen entre las disposiciones legales dirigidas a la empresa privada y las dirigidas a la empresa pública, ya que en las primeras se permite que el gerente pertenezca al Directorio y existe cierta libertad para designar a quien se encargará de la representación legal de la entidad, como ya se explicó, pero en las empresas públicas debido a que la LOEP dispone quienes formarán parte del Directorio (en casi todos los casos), no es posible que estos servidores públicos ejerzan al mismo tiempo el cargo de Gerente General.

Asimismo la LOEP dispone que el Gerente General deba dedicarse de forma exclusiva y a tiempo completo a las labores inherentes a su cargo, con la salvedad de la docencia universitaria, tal como lo establece la Constitución de la República⁹⁰.

La LOEP ha dispuesto como regla general que quien aspire al cargo de Gerente General deberá acreditar título profesional mínimo de tercer nivel en cualquier disciplina, demostrar conocimiento y experiencia vinculados a la actividad a la que se dedique la empresa, así como los requisitos que la normativa propia de cada empresa establezca para

⁸⁹ Artículo 10 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁹⁰ Artículo 230, numeral 1 de la Constitución de la República.

el caso.

En el tema de las inhabilidades y prohibiciones específicas del cargo de Gerente General de una empresa pública, la Ley ha dispuesto que no podrán ser designados ni actuar como tal, en primer lugar quienes al momento de su designación sean cónyuges, personas en unión de hecho o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguno de los miembros que conforman el Directorio o de las autoridades nominadoras de los miembros de dicho órgano de la empresa a la que la persona aspira ingresar como gerente. Se entiende que la misma persona podría aspirar al cargo de Gerente General de otra empresa pública, con la cual no mantenga ese tipo de relación, ya que la inhabilidad no se aplica a todas las empresas públicas.

En segundo lugar está prohibido que una persona pueda ejercer como Gerente General, si se encuentra ejerciendo la calidad de gerente, auditor, accionista, asesor, directivo o empleado de una personas natural o jurídica privada, sociedades de hecho o asociaciones, que tengan negocios con la empresa pública, de los cuales sea posible deducir un evidente conflicto de intereses de la misma. En el presente caso se sobreentiende que si la persona deja de ejercer el cargo, la prohibición desaparecería.

En tercer lugar no podrá ejercer como Gerente General quien mantenga suscritos contratos vigentes con la empresa pública a la que aspira administrar. Esta prohibición se extiende a los contratos que versen sobre la prestación o suministro de servicios públicos celebrados con el Estado. Vemos que el legislador ha considerado los casos en los que el Estado mantenga participaciones en una empresa mixta o cuando se concesione a una empresa privada, para la prestación de servicios públicos, las cuales constituyen otras figuras a través de las cuales el Estado puede satisfacer las necesidades de la población.

En cuarto lugar se ha dispuesto que, en caso de que la persona se encuentre litigando en calidad de procurador judicial, abogado patrocinador, e incluso parte interesada en contra de la empresa pública, así como contra el Estado en temas relacionados con el objeto de la empresa, no podrá acceder al cargo de Gerente General. El resultado del litigio no es relevante. Si la persona gana el juicio esto no constituye una prohibición. Una vez terminado el proceso judicial, el aspirante queda libre de la prohibición.

En quinto lugar, no podrán ser Gerentes Generales quienes ostenten cualquier cargo de elección popular, así como en caso de ser Ministros o Subsecretarios de Estado, o integrantes de los entes reguladores o de control de la empresa pública. Recordemos que

los entes de control son la Contraloría General del Estado y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Los cargos a los que se refiere esta inhabilidad tienen amplia influencia política por ende lo que se espera con tales limitaciones es mantener a la empresa pública lejos de estas esferas de poder, en razón de que podría corromperse a la entidad o desviar su actividad para satisfacer intereses propios, en detrimento del interés común.

Finalmente la Ley prohíbe que sean Gerentes Generales de empresas públicas quienes se encuentren inhabilitados en el Registro Único de Proveedores -RUP-, así como en caso de incurrir en las demás inhabilidades que existan en la Constitución de la República y la ley, las cuales ya hemos expuesto son aplicables a todos los servidores públicos, y por supuesto al Gerente General quien es parte de dicha clasificación.

Ahora bien la LOEP también establece que, en caso de comprobarse que la persona designada como Gerente General de una empresa pública, se encuentre incurso en una o más de las inhabilidades antes señaladas, será inmediatamente cesada en sus funciones por parte del Directorio, sin que esto evite el que deba responder por las responsabilidades civiles, administrativas y/o penales que pudieran surgir. De darse este tipo de cesación del cargo, tal terminación de la relación jurídica no dará lugar al pago o reconocimiento de indemnización alguna.

Conforme avanza el presente estudio ha sido posible ir aclarando y analizando varios aspectos relacionados con la empresa pública, con lo cual se ha logrado establecer que tanto el presidente del Directorio como el Gerente General, constituyen órganos de administración de dicha entidad, y que tales figuras fueron tomadas de la estructura organizacional generalmente utilizada por las empresas privadas desde hace tiempo. Con tales cuestiones aclaradas, es factible entrar de lleno en el tema referente al régimen jurídico laboral que enmarca las actuaciones de dichos órganos administrativos.

3.3 Régimen jurídico-laboral de los administradores de las empresas públicas

La empresa pública es una entidad que pertenece al sector público. Esta afirmación ya ha sido analizada y se ha concluido que se encuentra fundamentada en las disposiciones que al respecto contiene la Constitución de la República en el artículo 225 donde se determinó que los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la

potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado⁹¹, es decir, entre otras las empresas públicas, forman parte del sector público. También se han traído a colación en el presente estudio, diversas posiciones doctrinarias al respecto del tema, las cuales han servido de apuntalamiento para los posteriores análisis y conclusiones surgidos tras éstos, entre ellas que la empresa pública tiene un régimen jurídico de derecho público, aunque también le son aplicables normas pertenecientes al derecho privado.

Así mismo una vez se abordó el tema sobre el régimen jurídico laboral en las empresas públicas, se llegó a colegir que, tal como lo establece la misma Carta Magna, todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, serán servidores públicos; por ende quienes laboren en las empresas públicas, con la salvedad de aquellos quienes de acuerdo con el Código de Trabajo son catalogados como obreros, tienen categóricamente la calidad de servidores públicos.

Recordemos que la LOEP incluye una disposición similar al respecto en el artículo 18 que reza: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas”.

Por ende, fruto del razonamiento, es posible afirmar que tanto los servidores públicos de carrera, como aquellos de libre nombramiento y remoción o conocidos como administradores que trabajan en la empresa pública, son servidores del Estado.

Viéndolo desde el punto de vista de la ciencia administrativa, tanto los trabajadores que cumplen con labores operativas como quienes ejercen labores de administración y ejecución son servidores públicos y mantendrán un régimen jurídico laboral de derecho público.

Ahora bien, retomando lo que ya se dijo y tras discutir diversas disposiciones existentes en nuestro país respecto del régimen jurídico laboral en las empresas públicas en acápite anteriores, es necesario traer a colación lo expuesto y las conclusiones alcanzadas antes de

⁹¹Esta característica también es otorgada a las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos, con lo cual se sobreentiende también se trata de empresas públicas.

continuar.

La LOEP dispone que, tanto los procesos de selección de personal, como la prestación de servicios de talento humano de las empresas públicas serán realizados en base o se someterán a los principios y políticas establecidas en dicha Ley, pero también a la normativa al respecto que regula la administración pública⁹², en tal sentido la normativa a la que la LOEP se refiere no puede ser otra que la Ley Orgánica de Servicio Público, la cual en el artículo 3 dispone que dentro del ámbito de su aplicación se encuentran los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, fue posible considerar que la LOSEP es la norma encargada de regir a todos los servidores públicos, incluidos los que laboran en las empresas públicas., en lo que esta Ley sea aplicable.

Dicha Ley también establece que todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios.

Dichas disposiciones representaron la base para afirmar que la LOSEP es la norma por excelencia, a la que deben someterse los servidores de las empresas públicas.

Sin embargo, en el último inciso del antes mencionado artículo se incluyó la disposición de que en las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV “De la gestión del Talento Humano de las empresas públicas” de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, disposición que da como resultado un régimen laboral especial para estas entidades.

En razón de esta última disposición, lo antes dicho sobre la LOSEP ha sido descartado y se colige entonces que, en base a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en estas entidades son el Directorio y la Gerencia general los órganos encargados de expedir la normativa dirigida a regular la actividad de los servidores públicos, en el primer caso y ejecutar tales disposiciones, en el segundo caso.

Específicamente de acuerdo con la LOEP la gerencia general ha sido encargada de la

⁹² Artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

administración del talento humano en la empresa pública⁹³, y en el caso del Directorio, éste es responsable de expedir las normas internas de administración, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas⁹⁴.

Las regulaciones que cada Directorio expida al respecto, diferirán entre las empresas públicas, incluso cuando estas sean del mismo sector, lo que es explicable por el rol que cumple cada una. Gracias a ello la autonomía administrativa se expresa de manera amplia y se produce cierta disparidad con el sistema establecido por la LOSEP para las demás instituciones públicas (Jaramillo, 2011).

Ahora bien, continuando con las conclusiones respecto del régimen jurídico de las empresas públicas, cuando nos referimos exclusivamente a los órganos de administración es posible afirmar que dicho régimen también se encuentra enmarcado principalmente en las disposiciones de la LOEP y supletoriamente se aplicarán las normas de la LOSEP o de otras normas que sean apropiadas.

La LOEP dispone en el artículo 17 que en lo referente a la contratación y gestión del talento humano para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio.

La LOSEP determina en el artículo 17 que para el ejercicio de la función pública, uno de los tipos de nombramiento es el de libre nombramiento y remoción, figura que es adoptada por la LOEP.

Al respecto la LOEP determina en el artículo 19 que “Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes: 1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley.”.

Del antes citado artículo es posible sacar interesantes conclusiones. En primer lugar, la Ley establece que el régimen jurídico laboral de quienes forman parte de los órganos de administración se encuentra en el capítulo II de esta norma titulado, “De los administradores”, del Título III titulado “De la dirección y administración de las empresas

⁹³ Artículo 16 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁹⁴ Artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

públicas”, cuyas disposiciones ya han sido estudiadas.

Otra cuestión digna de destacar es que la LOEP establece una distinción entre los servidores públicos que no pertenecen al nivel jerárquico, puesto que estos se encuentran sometidos a las disposiciones que emitan los órganos de administración y a las que la Ley contiene específicamente para ellos.

Finalmente la LOEP pone de manifiesto la intención del legislador de prohibir que los administradores de las empresas públicas mantengan una relación laboral con la empresa, al determinar que quienes cumplan con la descripción de personal de libre designación y remoción, es decir, con cargos de dirección como quienes forman parte de los órganos de administración, no podrán tener este tipo de relación.

En tal sentido se considera a la relación laboral como el “...vínculo jurídico entre dos sujetos (empleador y trabajador), que surge como consecuencia de la prestación de un servicio personal de uno de los sujetos (trabajador) y el reconocimiento salarial de otro (empleador) regulado por las normas laborales protectoras del mundo del trabajo con los efectos jurídicos que el derecho laboral produce en el campo del trabajo humano” (Ostau De Lafont, 2009, p.310).

Los elementos que deben existir para que se configure una relación laboral son la prestación personal del servicio, la subordinación y finalmente la remuneración como contraprestación al trabajo que el empleado ha prestado al empleador.

Ahora bien es claro que el empleador en el presente caso es el Estado, a través de la empresa pública. El Estado cumple con su rol de empresario ya que “...realiza una actividad de servicio público o actividad de producción industrial, financiera, etc.”(Ostau De Lafont, 2009, p.278).

Al respecto recordemos que en el régimen laboral público, la relación del servidor con la Administración Pública puede generarse tanto por medio de un contrato como de un nombramiento, en tal sentido la relación laboral es legal, es decir que el régimen al que se someten está previamente determinado en la ley o en el estatuto, y en general no es posible se establezca un acuerdo sobre las prestaciones del servicio entre el empleado y el empleador, como suele suceder en el sector privado (Naula,2012). En el caso de la empresa pública, a más de las regulaciones que la LOEP ha dispuesto al respecto, el Directorio establecerá la reglamentación respecto de la relación laboral de los servidores

públicos que laboren en ella.

Cabe acotar que en la parte final del artículo 100 la LOSEP ha establecido que los miembros de directorios, administradores y quienes ejerzan la representación las entidades, empresas o sociedades (empresas públicas) tendrán la calidad de mandatarios y no les vinculará relación de dependencia laboral con las mismas.

La Ley prohíbe que exista una relación laboral propiamente dicha, entre la empresa pública y el personal de libre designación (aunque podrán tener nombramiento), en razón de que dichos puestos son de confianza y continuamente son ocupados por diversas personas, con capacidades distintas, lo que irá de acuerdo con las necesidades que mantenga la Administración Pública. Recordemos también que los administradores de las empresas públicas son representantes del empleador, que es el Estado.

Es contraproducente para una empresa pública el mantener una relación laboral que ostente las mismas garantías y derechos y brinde el mismo tipo de estabilidad laboral que la que se tiene con personas que ocupan cargos de rango inferior.

Desde el punto de vista de la estabilidad y los derechos de los trabajadores que cumplen con labores administrativas de nivel superior en la empresa pública, si estas se comparan con el nivel de responsabilidad que enfrentan en sus cargos, el resultado puede ser catalogado como injusto hacia el funcionario. Las disposiciones de la LOEP al respecto podrían considerarse de cierta manera discriminatorias, sin embargo, como se ha expuesto, el Estado procura proteger sus intereses que son los intereses de la colectividad, ya que ha creada a la empresa pública para que colabore en la consecución de sus fines; no la intención dar cabida a situaciones injustas, sino que es necesario el mantener ese tipo de relación laboral con el personal de libre designación para un correcto funcionamiento de dichas entidades.

Otro de los aspectos a tocar es el relacionado con el reparto de utilidades, ya que en el sector privado el alcance de una utilidad económica, es uno de los objetivos para los que se crea una empresa privada y se ha considerado que, cuando la entidad logra un excedente económico tras el cumplimiento de su actividad, esto es gracias en gran parte al talento humano que labora en ella, por ende conforme lo dispone el Código de Trabajo, el empleador o empresa debe reconocer en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento

(15%) de las utilidades líquidas recibidas durante el año⁹⁵. La Constitución de la República dispone al respecto que las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas⁹⁶.

Las empresas públicas pese a las múltiples semejanzas con sus homólogas del sector privado, no mantienen el deber de repartir utilidades entre sus trabajadores, tal cual la propia LOEP lo ha dispuesto al establecer que ninguna utilidad, ni ningún excedente será objeto de reparto entre el talento humano que labore en las empresas públicas y mixtas⁹⁷. Esto es debido a que el dinero que se obtenga como excedente, deberá ser dirigido a una reinversión en la empresa pública, con la finalidad de que esta crezca y por ejemplo brinde un mejor servicio a la sociedad.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la labor de los administradores de las empresas públicas mantiene grandes responsabilidades y deberá ser cumplida bajo altos parámetros de eficiencia y eficacia.

Es necesario aclarar el tema referente a los Presidentes del Directorio, quienes al mantener también un cargo en otra dependencia por mandato de la ley, deberán manejarse bajo el régimen jurídico laboral propio de su puesto principal, que generalmente estará conformado por la LOSEP y su reglamento. Por ejemplo en el caso de las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva, dicho régimen es el aplicable a los Ministros, y en el caso de las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, es el aplicable a los Alcaldes.

En el caso de las empresas públicas creadas por universidades dado que no existe disposición al respecto de quien cumplirá con el cargo de Presidente del Directorio, en ese caso quien cumpla con dicho cargo deberá regirse únicamente por las disposiciones de la LOEP.

Una vez se ha analizado el régimen jurídico laboral de las empresas públicas y especialmente del régimen de los administradores de las empresas públicas, es preciso concluir que quienes cumplen con el cargo de Gerente General y Presidente del Directorio, mantienen un régimen jurídico laboral especial durante el cumplimiento de su función, el cual se encuentra conformado por las normas de la LOEP, y supletoriamente por la

⁹⁵ Artículo 97 del Código de Trabajo.

⁹⁶ Último párrafo del artículo 328 de la Constitución de la República.

⁹⁷ Artículo 25 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

normativa de la LOSEP y su reglamento, entre otras.

Dentro del marco jurídico en el que se desarrolla la actividad de dichos administradores, no se encuentran incluidas las reglamentaciones normalmente aplicadas a funcionarios de nivel jerárquico superior de otras instituciones del Estado.

Un claro ejemplo de la distinción entre el régimen jurídico laboral de los administradores de las empresas públicas y de los servidores de nivel jerárquico superior en otras instituciones del Estado, es lo relativo a la remuneración.

La LOSEP en el artículo 100 ha dispuesto que la remuneración de los funcionarios comprendidos en el nivel jerárquico superior sea unificada, y que el Ministerio de Relaciones Laborales sea el organismo encargado de expedir los valores de acuerdo a las clasificaciones correspondientes. Dentro de este nivel se encuentran autoridades como el Presidente de la República y el Vicepresidente, así como otras autoridades y funcionarios que el Ministerio designe como parte del mismo.

Actualmente se encuentra vigente el Acuerdo Ministerial No. MRL-2012-0025, expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales y publicado en el Registro Oficial No. 660 de 13 de marzo de 2012, por medio del cual se emitió la escala de remuneración mensual unificada para los dignatarios, autoridades y los funcionarios que ocupen puestos a tiempo completo comprendidos en el nivel jerárquico superior que inicialmente fue para el año 2012 y que, mediante Decreto Presidencial del Economista Rafael Correa publicado en el Registro Oficial No 958 del 21 de mayo de 2013, se dispuso que dichos valores se mantendrían vigentes durante los años 2013 y 2014.

De acuerdo con la Resolución No. 81 que trata sobre las remuneraciones de funcionarios de nivel superior del sector público expedida por la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público (organismo posteriormente fusionado con el Ministerio de Trabajo y Empleo convirtiéndose en el Ministerio de Relaciones Laborales), el Presidente de la República y el Vicepresidente corresponden al nivel jerárquico 10 y 9. En el nivel jerárquico número 8 podemos encontrar autoridades como el Presidente del Directorio del Banco Central, el Contralor General del Estado, el Procurador General del Estado, el Presidente del Tribunal Supremo

Electoral y el Defensor del Pueblo⁹⁸.

En el nivel 8 la remuneración mensual unificada será de seis mil ciento veintidós dólares de los Estados Unidos de América (\$6122). Considero que los gerentes generales de las empresas públicas podrían encuadrarse en dicho estrato.

Sin embargo, como se analizó previamente, quienes conforman los órganos de administración de las empresas públicas no necesariamente se rigen a las disposiciones de la LOSEP o de otras normas, que sí se aplican a las autoridades de las instituciones del Estado.

Es por esto que existen diferencias en cuanto a la remuneración de los Gerentes Generales en estas entidades. Un ejemplo es el caso del Gerente General de Petroamazonas EP, quien mantiene como remuneración mensual la de seis mil cuatrocientos cuarenta y seis dólares (\$6436)⁹⁹, la cual sobrepasa la cantidad establecida como remuneración del nivel 8. En cambio el Gerente General de la Flota Petrolera Ecuatoriana –FLOPEC- EP, tiene una remuneración mensual de cinco mil quinientos sesenta y seis dólares (5566)¹⁰⁰, que es inferior a la cantidad mencionada. Ambas empresas públicas forman parte del sector estratégico petrolero de nuestro país.

Ahora bien el Gerente General de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, mantiene también una remuneración que sobrepasa la cantidad fijada como remuneración para las autoridades que pertenecen al nivel jerárquico superior o nivel 9, con un sueldo mensual de seis mil novecientos cincuenta y siete dólares (\$6957)¹⁰¹.

Esta desigualdad en los aspectos remunerativos, constituye una de las muestras del margen de libertad que la LOEP ha permitido exista en cuanto a la forma en la que se encuentran reguladas y administradas las empresas públicas, al dejar que sea el Directorio el encargado de determinar aspectos importantes de la estructura administrativa y financiera de las mismas. La situación variará entre estas empresas incluso cuando pertenecen al

⁹⁸ Artículo 4 de la Resolución No. 81 de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial No. 374 del 09 de julio de 2004, última modificación realizada 28 de mayo de 2013.

⁹⁹ Información recabada del distributivo de personal de Petroamazonas EP publicado el 31 de enero de 2014 en la página web: www.petroamazonas.gob.ec/.

¹⁰⁰ Información recabada del distributivo de personal de FLOPEC EP publicado el 31 de diciembre de 2013 en la página web: www.flopec.com.ec

¹⁰¹ Información recabada del distributivo de personal de CNT EP publicado el 15 de agosto de 2013 en la página web: www.cnt.gob.ec.

mismo sector.

Al respecto se puede concluir que este tipo de salarios, que están entre los más altos del país en el sector público, se deben a que el Estado busca encontrar personal suficientemente capacitado y que sea capaz de rendir los frutos esperados en el ejercicio de la labor de administrador, por ende debe reconocerse una remuneración justa, en relación con el nivel de preparación profesional del funcionario.

Cabe señalar también que el fenómeno de la inexistencia de un reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas en nuestro país, da pie a que exista mucha libertad de actuación ya que las normas de la Ley son generales y se puede apreciar que se esperaba especificar y detallar las disposiciones en un reglamento. En el caso de que se expidiera un reglamento a la LOEP, este podría establecer normativa que la Ley actualmente omite o que menciona breve o ambiguamente, lo cual puede prestarse a interpretaciones subjetivas.

Todo esto da como consecuencia una disparidad en el régimen jurídico laboral aplicable a los órganos de administración en la empresa pública, puesto que al existir normativa diferente entre las diversas empresas públicas, también el marco jurídico laboral de quienes ostentan el cargo de administradores será diferente.

Aspectos como la remuneración, o cuestiones de estabilidad laboral, atribuciones y responsabilidades, siempre que no vayan en contra de lo expresamente establecido en la LOEP, serán incluidas en el documento de creación de la empresa, o en documentos redactados posteriormente como en el orgánico funcional, y en documentos específicos para cada persona como el contrato de servicios profesionales o el nombramiento del funcionario, no siendo posible por tanto, determinar a ciencia cierta el régimen laboral de cada uno de los órganos administrativos de las empresas públicas. Conforme lo mencionado solo es posible establecer un marco jurídico referencial de acuerdo a lo que determina la Ley.

3.4 Atribuciones de los administradores de las empresas públicas

En lo que respecta a las atribuciones de los órganos de administración de la empresa pública, éstas se encuentran detalladas en la LOEP.

A continuación señalaremos las atribuciones que esta Ley establece en el artículo 9 y que corresponden al Directorio de las empresas públicas:

1. Establecer las políticas y metas de la Empresa, en concordancia con las políticas nacionales, regionales, provinciales o locales formuladas por los órganos competentes y evaluar su cumplimiento.
2. Aprobar los programas anuales y plurianuales de inversión y reinversión de la empresa pública de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Aprobar la desinversión de la empresa pública en sus filiales o subsidiarias.
4. Aprobar las políticas aplicables a los planes estratégicos, objetivos de gestión, presupuesto anual, estructura organizacional y responsabilidad social corporativa.
5. Aprobar el Presupuesto General de la Empresa y evaluar su ejecución.
6. Aprobar el Plan Estratégico de la Empresa, elaborado y presentado por la Gerencia general, y evaluar su ejecución.
7. Aprobar y modificar el Orgánico Funcional de la Empresa sobre la base del proyecto presentado por el Gerente General.
8. Aprobar y modificar el Reglamento de Funcionamiento del Directorio.
9. Autorizar la contratación de los créditos o líneas de crédito, así como las inversiones que se consideren necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales, cuyo monto será definido en el Reglamento General de esta Ley con sujeción a las disposiciones de la Ley y la normativa interna de cada Empresa.
10. Autorizar la enajenación de bienes de la Empresa de conformidad con la normativa aplicable desde el monto que establezca el directorio.
11. Conocer y resolver sobre el Informe Anual de la o el Gerente General así como los Estados Financieros de la empresa pública cortados al 31 de diciembre de cada año.
12. Resolver y aprobar la fusión, escisión o liquidación de la Empresa pública.
13. Nombrar a la o al Gerente General, de una terna propuesta por la Presidenta o Presidente del Directorio, y sustituirlo.
14. Aprobar la creación de filiales o subsidiarias, nombrar a sus administradoras o administradores con base a una terna presentada por el Gerente General, y sustituirlos y,
15. Disponer el ejercicio de las acciones legales, según el caso, en contra de ex administradores de la Empresa Pública.

En la parte final del antes mencionado artículo, la LOEP brinda la posibilidad de poder establecer otro tipo de responsabilidades para el Directorio en la reglamentación interna de

la empresa, es decir, en el estatuto de creación o cualquier otra norma que se expida con ese fin. Esto en razón de que cuando se refiere a reglamentación interna, la Ley hace mención sea a la ordenanza, decreto o resolución de creación de las empresas públicas, que hacen las veces de contrato social de las empresas públicas, por ende, normalmente en dicho documento se incluyen las disposiciones de forma detallada sobre las responsabilidades del directorio, del Presidente del Directorio y del Gerente General de la empresa pública, así como la manera en que estos órganos están conformados, etc.

La Ley en el artículo 11 ha dispuesto los siguientes como deberes y atribuciones del Gerente General de las empresas públicas:

1. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa pública.
2. Cumplir y hacer cumplir la ley, reglamentos y demás normativa aplicables, incluidas las resoluciones emitidas por el Directorio
3. Suscribir las alianzas estratégicas aprobadas por el Directorio.
4. Administrar la empresa pública, velar por su eficiencia empresarial e informar al Directorio trimestralmente o cuando sea solicitado por éste, sobre los resultados de la gestión de aplicación de las políticas y de los resultados de los planes, proyectos y presupuestos, en ejecución o ya ejecutados.
5. Presentar al Directorio las memorias anuales de la empresa pública y los estados financieros.
6. Preparar para conocimiento y aprobación del Directorio el Plan General de Negocios, Expansión e Inversión y el Presupuesto General de la empresa pública.
7. Aprobar el Plan Anual de Contrataciones (PAC) en los plazos y forma previstos en la ley.
8. Aprobar y modificar los reglamentos internos que requiera la empresa, con excepción del Reglamento de Funcionamiento del Directorio
9. Iniciar, continuar, desistir y transigir en procesos judiciales y en los procedimientos alternativos solución de conflictos, de conformidad con la ley y los montos establecidos por el Directorio. De preferencia se sugiere que el Gerente utilice los procedimientos alternativos antes de iniciar un proceso judicial.
10. Designar al Gerente general Subrogante.
11. Resolver sobre la creación de agencias y unidades de negocio;

12. Designar y remover a los administradores de las agencias y unidades de negocios, de conformidad con la normativa aplicable.
13. Nombrar, contratar y sustituir al talento humano no señalado en el numeral que antecede, respetando la normativa aplicable.
14. Otorgar poderes especiales para el cumplimiento de las atribuciones de los administradores de agencias o unidades de negocios, observando para el efecto las disposiciones de la reglamentación interna.
15. Adoptar e implementar las decisiones comerciales que permitan la venta de productos o servicios para atender las necesidades de los usuarios en general y del mercado, para lo cual podrá establecer condiciones comerciales específicas y estrategias de negocio competitivas.
16. Ejercer la jurisdicción coactiva en forma directa o a través de su delegado.
17. Actuar como secretario del Directorio.

Finalmente en caso de que el Gerente General esté ausente o mantenga algún impedimento temporal que no le permita desempeñar sus funciones, será el Gerente General Subrogante, nombrado por él, quien lo reemplazará y cumplirá los deberes y atribuciones previstas para el titular mientras dure el reemplazo. En caso de ausencia definitiva del Gerente General, será el Directorio de la Empresa el que designe al Gerente General Subrogante¹⁰².

Ahora bien, existe también la posibilidad de que cada órgano creador emita disposiciones generales para todas las empresas públicas que constituya. Tal es el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Quito que emitió la Ordenanza Metropolitana No. 103¹⁰³ en la cual se establece el régimen común para la organización y funcionamiento de las empresas públicas metropolitanas. Dicha norma ha dispuesto en el artículo 8 que la dirección de estas empresas estará a cargo de un Directorio que se integrará por el Alcalde (o su delegado), dos Concejales elegidos por el Concejo Metropolitano, el Secretario de Planificación (o su delegado), el Secretario responsable de la secretaría que se hubiere adscrito la empresa pública. También se ha dispuesto que quien presida el Directorio sea el Alcalde, siguiendo las premisas de la LOEP y que, en caso de que dicha persona no lo hiciera, será un Concejal quien se encargará en todos los casos.

¹⁰² Artículo 12 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

¹⁰³ Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 39 del 2 de octubre del 2009

La antes mencionada Ordenanza también incluye disposiciones respecto de las sesiones del Directorio y de los deberes y atribuciones del mismo.

Esta normativa constituye un marco jurídico para las actuaciones de los Directorios de todas las empresas públicas metropolitanas. Sin embargo de lo cual, se consideró necesario el detallar las responsabilidades de los órganos administrativos de cada una de las empresas, sea en el documento de creación de cada empresa o en el que el GAD considere pertinente.

Por tal razón, la Empresa Pública Metropolitana de Logística para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana, creada mediante Ordenanza Metropolitana No.309¹⁰⁴ por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Quito, si bien se basó en la antes mencionada ordenanza al expedir la normativa referente a su estructura organizacional, también incluyó dentro de su reglamento orgánico por procesos, los temas propios referentes a la dirección y administración de la empresa, estableciendo así los distintos deberes y atribuciones de los órganos de administración.

Cuando se trata de establecer los deberes y responsabilidades de los órganos de administración en las empresas públicas, a más de consultar las disposiciones al respecto que se encuentran en la Ley, es necesario acudir a la reglamentación emitida con dicho propósito tanto a nivel general, como a nivel específico.

3.5 Responsabilidades de los administradores de las empresas públicas

Ahora bien, junto con las atribuciones que han sido concedidas a los órganos de administración, la Ley también describe responsabilidades que recaen sobre ellos. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica ya hemos analizado que las acciones efectuadas a través del cargo de administrador de una empresa, sea privada o pública, tienen alta relevancia para la eficiencia y eficacia de la misma, por ende es grande el compromiso adquirido por tales personas al ejercer estos cargos.

Es en razón de la importancia que tiene el cargo de administrador en la empresa pública (sea como Presidente del Directorio o como Gerente General), el derecho ha procurado enmarcar sus acciones poniendo especial énfasis en determinar la responsabilidad que

¹⁰⁴ Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 185 de 5 de mayo de 2010.

conlleve ejercer dichas posiciones, aunque la norma no es lo suficientemente amplia en este tema.

La LOEP ha dispuesto en el artículo 15, en lo relacionado con la responsabilidad del Directorio y de la gerencia general como administradores de la empresa, que el cargo de quienes integren dichos órganos deberá ser compatible con el interés de la empresa, con su desarrollo y el del Estado; así mismo quienes ejerzan estos cargos deberán velar por el cumplimiento de los objetivos señalados en el estatuto de cada empresa, que además de referirse a logros económicos también deberán estar relacionados con una manifiesta rentabilidad social.

Ahora bien, el sentido de las anteriores disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, está dirigido a asegurar la existencia de responsabilidad en las actividades que desarrollen los órganos de administración de las empresas públicas, puesto que en estas entidades públicas se concentran altos deberes relacionados con el bien común por cuanto constituyen instituciones propias del Estado Social y se manejan con recursos públicos. El compromiso de sus administradores se incrementa considerablemente, en comparación con entidades del sector privado.

Los órganos de administración también se encuentran sujetos a lo que dispone la Constitución en el artículo 233 respecto de la responsabilidad que mantienen los servidores públicos, ya que como se ha explicado son servidores públicos.

El antes mencionado artículo dispone que los servidores del sector público no estarán exentos de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, así como estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Los resultados de la administración aplicada a la empresa privada se pueden traducir en ganancias o en pérdidas tanto para sus socios, como de forma indirecta para el personal que forma parte de las mismas; mas en las empresas de propiedad del Estado si se presentan pérdidas económicas, a la larga es la sociedad la cual enfrenta las consecuencias. Las metas que la empresa pública alcance, o no logre alcanzar, también constituirán indicadores de la correcta o incorrecta gestión del Estado en cuanto a su deber como principal prestador de servicios públicos y encargado de coordinar lo referente a los

sectores estratégicos en nuestro país. Podemos entonces apreciar que tanto económica, como social y políticamente la correcta gestión de las empresas públicas es un aspecto trascendental para el país, y es por ello que se considera que la responsabilidad que mantienen los órganos administrativos es mayor comparada con la que enfrentan autoridades de otro tipo de instituciones públicas.

Cabe señalar que en la LOEP no existen disposiciones respecto de las consecuencias o sanciones que se puedan aplicar a los órganos de administración, en los casos en los que la empresa presente pérdidas económicas importantes y siempre que sea posible probar su responsabilidad. Realmente este tema no ha sido contemplado en dicha Ley, y generalmente en la reglamentación propia de cada empresa tampoco se incluyen normas al respecto. Esto hace que la gestión de presidente del Directorio o de Gerente General, no esté correctamente enmarcada en reglamentaciones jurídicas que aseguren que en caso de malversación de los fondos públicos entregados a estas entidades, dichos órganos de administración respondan por los actos cometidos. Este es un tópico de gran importancia puesto que, pese a que las empresas públicas no pueden ser declaradas en quiebra, eso no significa que una mala administración pueda llevarlas a su disolución, lo que causaría graves pérdidas para el Estado y por ende para la sociedad. En caso de que ocurran tales actos de mala administración, se podrán aplicar los principios generales de responsabilidad, en razón del incumplimiento del funcionario de lo dispuesto por la ley y por el nombramiento o contrato, con el fin de que tales actuaciones no queden en la impunidad.

Una vez se han analizado los temas planteados de manera satisfactoria, a continuación se apreciarán reglamentaciones existentes en distintos países de América Latina, sobre la empresa pública y los servidores que laboran en ellas. Así mismo se presentarán casos dignos de estudio sobre lo sucedido con esta figura, durante su desarrollo y evolución.

3.6 Estudio comparado con legislaciones de México, Chile, Colombia y Argentina.

Uno de los métodos de investigación propuestos para la realización de la presente disertación es el método comparativo, mediante el cual se propuso brindar información relevante relacionada con la creación, evolución, funcionamiento entre otros aspectos, de la empresa pública en algunos países de América Latina, ya que esta figura ha sido

utilizada desde hace varios años en el continente latinoamericano. Los datos más importantes de la experiencia alcanzada gracias a la creación de empresas públicas, se hallan recogidos en la doctrina y en la legislación de los países que contemplan este tipo de entidades, tales como México, Argentina, Colombia y Chile.

En el Ecuador, debido a que las empresas de propiedad del Estado tuvieron que atravesar grandes obstáculos en sus inicios, y ya que su desarrollo fue coartado durante la aplicación de los preceptos neoliberales en los años noventa y posteriormente se la extinguió con la promulgación de la Constitución Política de 1998, es posible vislumbrar que la experiencia del Estado como participante directo en el medio económico quedó truncada. Es por esto que es factible enriquecer el estudio de esta figura que actualmente se encuentra vigente en nuestro país, por medio de la legislación comparada.

Durante los análisis que se han expuesto se han desprendido varias interrogantes, sobre todo en lo que respecta al régimen jurídico de la empresa pública, principalmente al aspecto laboral.

En las legislaciones vigentes de otros países es posible encontrar disposiciones que han permitido a la empresa pública desarrollarse y realizar aportes importantes en la economía, por medio de la prestación de servicios públicos, y otros tipos de actividades económicas encaminadas a satisfacer las necesidades de la comunidad.

Es necesario tomar en cuenta que la empresa pública en nuestro continente específicamente en Sudamérica, ha tenido una fuerte presencia e influencia en el sistema económico, conforme Gordillo (1981) lo expresa:

En casi todos los países de América Latina ha predominado la idea de que el Estado deba tener un sector público importante, el cual se manifiesta a través de múltiples formas de empresas públicas de variante régimen jurídico, sea de derecho público o privado. En general se observa en tales regímenes una cierta inestabilidad, que se advierte no sólo en la más o menos frecuente reforma de las leyes o reglamentos, sino también en los igualmente frecuentes cambios de determinadas empresas de una calificación o régimen jurídico. (p.305).

En tal virtud, resulta de gran ayuda para el presente estudio el realizar un acercamiento a la figura de empresa pública presente en algunos países de nuestro continente.

- **La empresa pública en México**

La historia de la empresa pública en México es extensa, puesto que el Estado mexicano desde antes de la década de 1920, mantuvo amplio interés en intervenir en la economía del país.

Recordemos que “la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1976 es, sin lugar a dudas, la primera constitución política y social del mundo” (Trápaga, 2000, p. 5), México es considerado por ende, el país pionero en la instauración de un Estado Social de Derecho.

En dicho país la empresa pública era una figura concebida como órgano auxiliar del Ejecutivo Federal, y existía con el fin de cumplir objetivos de política nacional, sin limitarse simplemente a la prestación de servicios públicos o gestión de sectores estratégicos.

En los años cincuenta la figura de empresa pública en México se convierte en la herramienta de la que se vale el Estado para rescatar a varias entidades privadas con problemas económicos, haciéndose cargo de estas e invirtiendo capital público para evitar que desaparezcan.

Con el fin de efectuar un mejor control de estas entidades, se expide la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal en el año 1966, puesto que se había detectado que no existía un sistema coherente de organización y control de las mismas, debido en parte a la gran cantidad de empresas públicas que existían en México al momento, y también a la naturaleza de las actividades que ejecutaban (Osornio, 2002).

Transcurridos algunos años y tras varias modificaciones a la antes mencionada Ley y a la Constitución Política de México, finalmente se expidió en 1976 la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, encargada de regular la administración pública paraestatal a la que dichas entidades pertenecían. Posteriormente por mandato constitucional se expide la Ley Federal de Entidades Paraestatales especializada en normar la actividad de las mismas.

Entre estas entidades se encuentran actualmente la Comisión Nacional y el Banco de México, el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, instituciones que sentaron las

bases para el desarrollo del sistema financiero del país.

Otro tipo de empresas públicas mexicanas son la Comisión Federal de Electricidad, la de Fomento Minero y la de Petróleos Mexicanos.

México, conforme las disposiciones de la Constitución Política¹⁰⁵ se encuentra constituido como una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, los cuales están unidos en una federación establecida¹⁰⁶. Existen 32 Estados Federales, 31 de los cuales son considerados como soberanos y tienen la facultad de expedir su propia constitución, así como normativa de gobierno propia. El Distrito Federal es el número 32, en este el dominio se encuentra compartido entre la Federación mexicana y los órganos de gobierno de dicho distrito. Cada Estado Federal a su vez se divide en municipios.

Ya que México mantiene un sistema federal, las entidades federales tienen un alto grado de autonomía. Es por ello que tanto los Estados Federales como los municipios, pueden crear empresas de participación estatal, tanto mayoritaria como minoritaria, las cuales se registrarán a las normas que sobre este respecto expidan estos entes.

La Constitución Mexicana dispone al respecto que la Administración Pública Federal será centralizada así como también paraestatal, ambos tipos de administración son mecanismos de los que se vale el Estado para distribuir los negocios del orden administrativo de la Federación y definir las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación¹⁰⁷.

En los Estados Federales, la Administración Pública se divide en Administración Pública Centralizada y Administración Pública Paraestatal. En la primera los órganos que la conforman no tienen autonomía financiera y no ostentan personalidad jurídica. En el segundo caso, los órganos que conforman la Administración Pública Paraestatal cuentan con recursos propios y pueden administrarlos a su conveniencia, manteniendo así autonomía financiera y de gestión. Las instituciones paraestatales ayudan al Estado para la consecución de sus fines. Las empresas públicas forman parte de la antes mencionada administración pública y son parte de este tipo de instituciones.

¹⁰⁵Constitución Política de México publicada en el Diario Oficial el 05 de febrero de 1917

¹⁰⁶Artículo 40 de la Constitución Política de México, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012

¹⁰⁷Artículo 90 de la Constitución Política de México.

El artículo 2 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales¹⁰⁸ establece que se considerará como tales a aquellas que determine la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de México, LOAPF. De conformidad con dicha Ley, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal¹⁰⁹.

El jurista mexicano Francisco Osornio (1992), al respecto de las entidades paraestatales considera que “la Ley Federal de Entidades Paraestatales establece que los objetos principales de este tipo de organismos, (...) son los siguientes: a) la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias, b) la prestación de un servicio público o social; o c) la obtención o aplicación de recursos para fines asistencia o seguridad social.” (p. 105).

Así como en el Ecuador, estas empresas tienen la misión de cumplir con las demandas de la sociedad, y ejercer las actividades económicas necesarias para la satisfacción de las necesidades que existan entre los habitantes de México.

La figura que más se acerca a las empresas públicas de nuestro país, son las empresas de participación estatal mayoritaria. En México también existen empresas de participación estatal minoritaria, en dichas entidades el Gobierno Federal o municipio tienen la propiedad de un porcentaje menor a la mitad del capital social, y el Estado participa a través de un representante el cual efectúa más bien una vigilancia de la gestión empresarial.

Las empresas de participación estatal mayoritaria gozan de autonomía, en razón de que esta “...constituye el núcleo del régimen jurídico de las empresas públicas” (Osornio, 2002, p. 107).

La Constitución mexicana hace algunas referencias a las empresas de participación estatal o municipal mayoritaria, en razón de que en dicho país este tipo de empresas se hallan conformadas por capital público y por capital privado.

Dada la estructura de gobierno de México, es comprensible que exista escasa normativa en la Constitución Política respecto de las empresas con participación mayoritaria del Estado,

¹⁰⁸ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986.

¹⁰⁹ Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.

por cuanto cada Estado federal o municipio, están facultados para expedir la normativa propia relacionada con dicho tema.

Sin embargo, existe normativa general aplicada a todos los Estados federales en donde es factible encontrar disposiciones respecto de las empresas de participación estatal.

Así, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal son empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades nacionales de crédito o constituidas en los términos de la legislación específica y las sociedades de cualquier naturaleza en las que se cumpla con los siguientes requisitos:

- ✓ Que el Estado conjunta o separadamente aporte o sea propietario de más del 50% del capital social.
- ✓ Que en la constitución del capital figuren los títulos representativos del capital social, los cuales solo pueden ser suscritos por el gobierno federal.
- ✓ Que el gobierno federal tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, designar al presidente o director general, o cuando tenga facultar para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

La Ley Federal de Entidades Paraestatales, en el artículo 30, dispone que estas empresas deban tener por objeto las áreas prioritarias de desarrollo.

De acuerdo con lo dicho, en México se define a la empresa de propiedad del Estado como una “unidad económica que tiene por objeto la explotación de los recursos nacionales, la producción de bienes o la prestación de servicios don la mayoría del capital pertenece al Estado independientemente de la forma legal que adopte; en consecuencia la dirección o control de la empresa queda en manos del Estado” (Osornio, 2002, p.105).

En lo que respecta al aspecto organizacional interno se deberá estar atento a lo que el documento de creación de la empresa disponga. Así mismo, dependiendo del Estado Federal que creó a la entidad, la empresa deberá someterse al marco jurídico existente en dicho Estado, ya que en México no existe una ley especial que regule la actividad de todas las empresas de participación estatal mayoritaria.

Ahora bien, se considera en general que “la regla es que todas las grandes empresas públicas son nacionales y actúan desde la Capital Federal o el Distrito Federal”, (Gordillo, 1983, p.307), por ende las empresas de participación estatal mayoritaria más grandes en

México, serán aquellas constituidas por el Estado Nacional.

En lo que se refiere al ámbito laboral, existe una disposición en el artículo 108 de la Constitución Política de México, que establece que se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía. Los servidores públicos serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Las empresas de participación estatal mayoritaria, como organismos con autonomía financiera y administrativa, forman parte de la anterior denominación, por ende podemos observar que la legislación mexicana, considera a los trabajadores de dichas entidades como servidores públicos, independientemente del cargo que ejerzan. Consecuentemente quienes administren dichas empresas también son considerados servidores públicos.

En lo que respecta a los aspectos de responsabilidad de los servidores públicos México se expidió la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos¹¹⁰ en la cual se dispuso establecer las obligaciones y las responsabilidades que tienen en el servicio público, y las sanciones administrativas que se aplicarán, así como las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar dichas sanciones, entre otros temas.

Cabe señalar que cada Estado Federal a su vez tiene la facultad de expedir su propia ley respecto de las responsabilidades de los servidores públicos que laboren en su territorio, un ejemplo, es la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, Ley publicada en el año 1984.

Ya previamente entre las condiciones que debe reunir una entidad para considerarla como empresa de participación estatal mayoritaria, hemos mencionado a la necesidad de que la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente (Directorio), sean designados por el gobierno federal. En tal sentido se puede apreciar que existe libertad respecto de quienes conformarán el directorio de este tipo de empresas en México, ya que

¹¹⁰ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982

la mencionada es solo una de las condiciones y no siempre se cumplirá; así mismo se dispone que el gobierno federal nombre solamente a la mayoría de los miembros de dicho órgano mas no a todos, los demás podrán ser nombrados por el propio Directorio o de distinta manera. Finalmente no se establece detalladamente qué autoridades serán las que conformen este órgano, a diferencia de nuestro país donde la LOEP es clara al especificar las autoridades que conformarán el directorio, (a excepción del caso de las empresas públicas creadas por las universidades).

Tales han sido las principales reglamentaciones que contiene la legislación mexicana al respecto de la empresa de propiedad del Estado, sin embargo estas también se encuentran regidas por legislación mexicana perteneciente al derecho privado como el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Sociedades Mercantiles, y muchas otras, por ende es factible considerar que el régimen jurídico de las empresas públicas mexicanas se encuentra conformado tanto por legislación pública como por legislación privada.

- **La empresa pública en Chile**

El Estado chileno es considerado como el primer Estado empresario y productor que surgió en América Latina. Los roles empresariales que asumió dieron como resultado la primera generación de empresas públicas con sus respectivos gerentes públicos (Orellana, 2004).

En Chile desde los años treinta se realizaron grandes inversiones en el sector industrial y las empresas públicas se hicieron cada vez más numerosas. La Compañía de Acero del Pacífico, la Empresa Nacional de Petróleo, Empresa Nacional Minera, entre otras, estuvieron dedicadas a la gestión de sectores estratégicos del país. La Empresa Nacional de Electricidad enmarcó su actividad en la prestación de servicios públicos domiciliarios, ya que el Estado chileno se caracterizó por mantener un sistema económico intervencionista.

En el año 1938 gobernaba el partido conocido como Frente Popular del Estado, bajo cuyas políticas se sientan las bases para el funcionamiento del Estado de Bienestar Social y se impulsa un crecimiento económico al interior del país, de tendencia proteccionista (Morales, 1990).

En el año 1939 se creó la Corporación de Fomento de la Producción CORFO, mediante la

Ley N° 6.434 de Reconstrucción, Auxilio y Fomento de la Producción, cuya función en un principio era la de gestionar las acciones necesarias para reconstruir las infraestructuras afectadas tras el terremoto de Chillán que azotó al país en ese año. En la práctica la CORFO se encargó de ejercer el control de las empresas públicas existentes, las cuales poco a poco se fueron transformando en verdaderos gigantes en la economía chilena, superando incluso a las empresas privadas de la época.

En Chile “se fue formando un sector público con una amplia participación y diversificación en la producción de bienes y servicios, para 1968 esa participación fue aproximadamente del 40 por ciento del producto bruto nacional y el 70 por ciento de la inversión bruta total”. (Morales, 1990, p. 125).

Es así que en la década de los setenta la propiedad de los medios de producción por parte del Estado chileno fue en aumento, sin embargo dicho crecimiento no estaba acompañado de una correcta administración de estas entidades. Los motivos por los que estas empresas eran creadas respondían mayoritariamente al desarrollo económico de ciertos sectores o regiones, e incluso en algunos casos para la generación de empleo. También el Estado se hacía cargo de empresas privadas para salvarlas de la quiebra, con lo cual efectuaba importantes desembolsos de dineros públicos. El olvido o descuido del carácter empresarial de estas entidades de propiedad del Estado, dieron como resultado una deficiente gestión de las mismas, tanto en los aspectos gerenciales, como en los financieros, con lo cual se experimentaron bajos cumplimientos de los objetivos propuestos.

El 11 de septiembre de 1973 se produjo el golpe de Estado en Chile, liderado por las fuerzas armadas de dicho país, el cual dio como resultado el derrocamiento del presidente Salvador Allende, cuyo sistema de gobierno estaba fundado en los preceptos socialistas de izquierda. Muchas posturas doctrinales apuntan a que esto sucedió gracias a la creciente crisis económica que azotaba el país en aquellos tiempos; otras tendencias consideran que los hechos se dieron en razón de la influencia de los grupos golpistas por parte de los Estados Unidos, en ese entonces bajo la presidencia de Richard Nixon. La Junta Militar representada por Augusto Pinochet tomó el poder en Chile, con lo cual se inició la dictadura militar en Chile, que duró en total 17 años.

Este hecho es decisivo para la economía del país, ya que durante esta dictadura se aplicaron políticas neoconservadoras como la privatización de empresas del Estado, con el

fin de mermar la presencia del Estado en la economía y poner un freno a "...la excesiva intervención estatal, al proteccionismo comercial y al control de precios" ((Morales, 1990, p. 126).

Chile sale del modelo de Estado Social y retorna a la figura de Estado Policía de tipo dictatorial, con tendencias de apertura hacia el mercado internacional, eliminación de regulaciones restrictivas para la empresa privada (favoreciendo su multiplicación y desarrollo) y, tal como sucedió en nuestro país, se decide a eliminar la figura de empresa pública al considerar que estas entidades eran una carga para el sistema económico, por las altas pérdidas que presentaban y por la abultada burocracia que albergaban.

En ese entonces se consideró al Estado chileno como ineficiente, y el enorme aparato gubernamental como una carga para la sociedad y la economía, llegándose a la conclusión de que reducirlo sería quitar ese peso de encima de sus habitantes.

Se considera que "...esta ola privatizadora no respondió a una política de Estado, ni a la adopción de un criterio marco sobre el cual se determinó en qué sectores debería operar el Estado y en cuáles no, cuáles serían estratégicos y en cuáles una empresa del Estado podría aportar a la corrección de fallas de mercado. La privatización se debió más bien a criterios financieros." (Inteligencia de Negocios [IND], 2013, p. 5).

El gobierno de la dictadura militar convocó a un plebiscito el 11 de septiembre de 1980 para la aprobación del nuevo texto constitucional, que finalmente fue promulgado el 11 de marzo de 1990 y que actualmente continúa vigente, pese a haber sido reformado por varias ocasiones. Posteriormente, en el año 1988 se convocó a la sociedad chilena a un referéndum donde el pueblo expresó su voluntad de retornar a la democracia, con lo cual la dictadura militar llegó a su fin.

De acuerdo con Orellana (2004), los principios neoliberales aplicados en Chile durante la dictadura no han sido desterrados del todo, pese a que el país retomase la democracia, estos permanecen ocultos y guían el proceso aún latente de modernización de la gestión pública.

Es por esto que en Chile la empresa pública pasó de mantener una alta importancia en el panorama económico chileno, a ser catalogada como una de las figuras que contribuyó a la crisis latente en el país poco antes de la dictadura, por lo cual desapareció.

Actualmente en Chile la capacidad del Estado de gestionar empresas de su propiedad ha

sido retomada pero de forma cautelosa. En dicho país este tipo de entidades son aquellas creadas por ley la cual las cataloga como tales. También existen las sociedades mixtas, en las que el Estado mantiene una participación accionaria mayor al 50%, o en las que éste designa a la mayoría de los miembros de su Directorio.

El que las empresas públicas en Chile sean creadas por medio de leyes, me parece que constituye un complejo régimen al que estas entidades están sometidas puesto que, como es de conocimiento general, el expedir una ley lleva tiempo e incluso se dificultará cuando se desee reformar, siendo por ende una forma más compleja de constituir empresas, que difiere en gran manera de las que hemos discutido en el presente trabajo.

Así mismo la regulación a la que las empresas se encuentran sometidas es poco flexible, haciendo difícil su funcionamiento. El que una ley actúe como la fuente de creación de una o varias empresas públicas puede ser una vía que el Estado de Chile ha tomado, con el fin de controlar el crecimiento del aparato gubernamental y evitar el experimentar una crisis económica debido al aumento de la burocracia estatal y también evitar el coartar la actividad de las empresas privadas, al no someterlas a una competencia desleal.

Por ejemplo, la Ley No. 19542 promulgada en el año 1997, por medio de la cual se moderniza el sector portuario de Chile, dispuso la creación de diez empresas del Estado que serían las continuadoras legales de la Empresa Portuaria de Chile constituida en el año 1960 y disuelta en 1998. En dicha ley se ha dispuesto que las antes mencionadas empresas sean personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionen con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones¹¹¹.

En la Constitución chilena se hace mención a las empresas públicas en el artículo 115 donde se dispone que la ley pueda autorizar a las empresas públicas para asociarse con personas naturales o jurídicas a fin de propiciar actividades e iniciativas sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo regional. Las entidades que al efecto se constituyan se regularán por las normas comunes aplicables a los particulares. Estas asociaciones no serán consideradas como una parte de la empresa pública en sí, ya que estarán regidas por el derecho privado, sin embargo no mantendrán fines de lucro.

De estos presupuestos es posible sacar la conclusión de que las empresas públicas podrán

¹¹¹ Artículo 2 de la Ley 19542.

realizar este tipo de asociaciones solamente si la ley las faculta para ello. Se entiende que la ley a la que se refiere la Carta magna es aquella mediante la cual son creadas.

Se puede concluir de lo expresado que la empresa pública en Chile se encuentra regida por el derecho público, las principales disposiciones que la norman se hayan especificadas en cada ley expedida para la creación de de estas entidades.

En relación al tema de la empresa de propiedad del Estado, el sistema chileno es diferente a los que comúnmente se han adoptado en América Latina, en dicho sistema se aprecia un mayor control y restricción en la actividad de estas entidades, lo cual constituye una de las consecuencias surgidas en virtud de los hechos que vivió el país; los cuales repercutieron en el medio económico y transformaron para siempre la forma en la que las empresas públicas son vistas en Chile y como ejercen su gestión.

Estas circunstancias hacen de la experiencia chilena una importante parte del estudio de la figura de empresa pública, puesto que la mala gestión, el escaso control, el exceso de burocracia, y el crecimiento desmedido que experimentaron estas entidades, dieron como resultado el deseo del gobierno de disolverlas y solo después de varios años resurgieron tras el retorno de la democracia, pero con una alteración en su naturaleza empresarial, Estos fenómenos marcaron un país que fue conocido como el pionero sobre el tema en nuestro continente.

Una vez más se pone de manifiesto la importancia de que exista una correcta administración de las empresas públicas, así como un control efectivo por parte del Estado.

✓ **La empresa pública en Colombia**

Una forma de gobierno y una organización territorial similar a la ecuatoriana, hacen del estudio de la figura de empresa pública en Colombia, un importante aporte para este estudio.

Los inicios de la figura de empresas de propiedad del Estado en Colombia se remontan al Código de Régimen Político y Municipal de 1913, en el cual brevemente se establecía la facultad de los municipios para crear establecimientos públicos, seguramente con el fin de ejercer actividades económicas, no obstante, este Código no contenía disposiciones respecto de la estructura, régimen, financiación, objeto, etc., de dichas entidades.

Las empresas públicas adquieren importancia cuando en 1936 se efectúa una reforma a la Constitución Colombiana de 1886 y se establece la disposición de que el Estado intervenga de forma directa en la economía, consecuencia de lo cual éste se vuelve un empresario (Sáchica, 1981).

Es así que “tradicionalmente, la reforma constitucional de 1936 en Colombia ha sido encuadrada en el marco de referencia del surgimiento del Estado interventor en el país, e incluso en América Latina” (Botero, 2006, p. 86). Con dicha reforma se plasmaron las primeras disposiciones que dieron origen al Estado Social de Derecho, en el que una de las características es el alto grado de intervencionismo en la economía, como se ha explicado.

Tras la enmienda constitucional de 1968, en Colombia se establece una sistematización y tipificación de los distintos tipos de organizaciones empresariales del sector público y que hasta entonces funcionaban pero no estaban reguladas.

Así mismo en el país vecino se implementó un sistema descentralizado, desde el punto de vista geográfico, que se llevó a cabo a través de la creación de entidades territoriales conocidas como departamentos, que a su vez se subdividen en distritos o municipios.

Desde el punto de vista funcional, la descentralización fue efectuada a través de las siguientes entidades: establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales pertenecientes al Estado y sociedades de economía mixta. Dichas entidades pueden ser creadas y ejercer su actividad tanto a nivel nacional como a nivel regional (en los departamentos o en los municipios), (Sáchica, 1981).

Posteriormente en el año 1991 se promulgó en Bogotá una nueva Constitución Política¹¹² que reemplazó a la que hasta entonces estuvo vigente. En esta Constitución la figura de empresas públicas se encuentra recogida bajo la denominación genérica de entidades estatales.

De acuerdo con la Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se denominan entidades estatales: a la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios.

¹¹²Constitución publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

También entran en dicha denominación los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten.

En conclusión, las empresas públicas en Colombia forman parte de las entidades estatales y son conocidas como empresas industriales o empresas comerciales del Estado. También en dicho país son empresas públicas las asociaciones de municipios y las empresas de economía mixta donde el Estado mantenga una participación de más del 50% en el capital social. Estas gozan de personalidad jurídica y autonomía administrativa y funcionan con fondos públicos.

La Constitución colombiana ha dispuesto que las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, formen parte de la Rama Ejecutiva¹¹³, que en nuestro país equivale a la Función Ejecutiva.

Las asociaciones de municipios son aquellas entidades que forman parte del sistema descentralizado y que se crean a partir de la asociación de dos o más municipios. Estas “empresas” existen con la finalidad de prestar servicios públicos. Lo antes indicado no solamente es una facultad de los municipios, sino que puede convertirse en una obligación en caso de que los estudios económicos que se realicen en la zona así lo justifiquen.

Esta disposición se haya contenida en el artículo 302 de la Constitución colombiana:

La ley podrá establecer para uno o varios Departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal distintas a las señaladas para ellos en la Constitución, en atención a la necesidad de mejorar la administración o la prestación de los servicios públicos de acuerdo con su población, recursos económicos y naturales y circunstancias sociales, culturales y ecológicas. En desarrollo de lo anterior, la ley podrá delegar, a uno o varios Departamentos, atribuciones propias de los organismos o entidades públicas nacionales.

La norma a la que la Constitución hace referencia es la Ley 1 de 1975¹¹⁴, por medio de la

¹¹³Artículo 115 de la Constitución Política de Colombia.

¹¹⁴ Ley publicada en el Diario Oficial de Colombia No. 34.244 de 28 de enero de 1975

cual se reglamentan los temas correspondientes a las asociaciones de dos o más municipios para la prestación de servicios públicos.

De conformidad con dicha Ley, las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente del de los municipios que las constituyen; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objeto, de los mismos derechos, privilegios, exenciones y prerrogativas acordados por la ley a los municipios¹¹⁵.

Cabe señalar que la legislación ha dispuesto que cada municipio pueda formar a la vez parte de varias asociaciones que atiendan distintos objetivos. En cambio, los municipios asociados no podrán prestar, separadamente, los servicios que asuma la asociación¹¹⁶. Estas asociaciones mantienen un régimen de derecho público.

En lo que respecta a los órganos de gobierno y administración se establece en la antes mencionada Ley que cada asociación de municipios tenga los siguientes órganos de administración¹¹⁷:

- ✓ Asamblea General de Socios.
- ✓ Junta Administradora, elegida por la Asamblea de Socios.
- ✓ Director Ejecutivo, quien será el representante legal de la asociación y será nombrado por la Junta Administradora

Es interesante que la estructura administrativa establecida por la Ley sea muy semejante a las que ostentan las empresas privadas en general, como ya se estudió.

La Constitución dispone que le corresponda al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten los servicios públicos domiciliarios¹¹⁸.

La antes mencionada Superintendencia es un organismo de carácter técnico que fue creado por la Constitución colombiana del año 1991, con el fin de ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por

¹¹⁵ Artículo 3 de la Ley 1 de Colombia de 1975.

¹¹⁶ Artículo 4 de la Ley 1 de Colombia de 1975

¹¹⁷ Artículo 13 de la Ley 1 de Colombia de 1975.

¹¹⁸ Artículo 370 de la Constitución Política de Colombia.

delegación del Presidente de la República. Con la creación de este organismo de control, el Estado busca alcanzar una alta eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos por parte de las asociaciones de municipios, como por cualquier otra empresa que preste estos servicios.

En nuestro país una entidad similar podría ser la Superintendencia de Telecomunicaciones, cuya misión es la de vigilar, auditar, intervenir y controlar técnicamente la prestación de los servicios de telecomunicaciones, radiodifusión, televisión, pero se limita solamente a dichos servicios públicos, por ende el control será reducido. Muchas veces la prestación de los servicios públicos domiciliarios se ve afectada en razón de un funcionamiento deficiente en las empresas públicas o privadas que prestan los servicios.

Las empresas comerciales de propiedad del Estado en Colombia están encargadas de gestionar actividades industriales o comerciales y se rigen en general bajo el derecho privado, excepto en los casos específicos en los que la Ley especifique disposiciones al respecto. Un ejemplo de esto es lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80¹¹⁹, donde se dispone que los contratos que celebren las entidades estatales se rijan por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha Ley. Más adelante, en el artículo 40, se establece que en los contratos que celebren estas entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y demás cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de dicha Ley, y a los de la buena administración.

Se puede concluir de lo expresado, que el régimen jurídico de las empresas públicas comerciales e industriales en Colombia es mixto, pero que en general se aplicará mayoritariamente el derecho privado.

Resulta remarcable que las empresas del Estado se encuentren regidas tanto por el derecho público como por el derecho privado y hagan uso al máximo de la autonomía administrativa que ostentan. Esto podría deberse a que el derecho público colombiano no contiene todas las disposiciones que deberán regir a estas empresas y los vacíos son llenados por las normas propias del sector privado. Estas condiciones les confieren a las empresas mayores libertades en su actividad comercial/industrial.

¹¹⁹ Ley publicada en el Diario Oficial de Colombia No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

En lo que respecta al aspecto laboral, la Constitución establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Ellos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento¹²⁰.

También establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, de libre nombramiento y remoción, y los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley¹²¹.

La Carta Magna colombiana también ha dispuesto que entre las responsabilidades del Presidente de la República, se encuentra la de nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley¹²².

La antes mencionada disposición concuerda con lo que se dijo respecto de que las empresas públicas de Colombia se encuentran regidas por la Función Ejecutiva. Vemos que pese a que las empresas comerciales e industriales de propiedad del Estado se encuentran reguladas mayoritariamente por el derecho privado, en lo que se refiere a la designación de las máximas autoridades que las administrarán, es el Ejecutivo el que se encarga de nombrarlas, con lo cual considero que los cargos tendrán una influencia política lo cual podría entorpecer la labor de las empresas.

La antes mencionada disposición no se aplica en las asociaciones de municipios, ya que como se ha analizado, lo referente al tema se encuentra recogido en la Ley 1 de 1975.

Estas disposiciones difieren de las establecidas en nuestro país respecto de la designación de los presidentes y gerentes de las empresas públicas, y como se observa existe una marcada combinación de normativa de derecho privado y público que conforma el marco jurídico de las empresas de propiedad del Estado en Colombia.

✓ La empresa pública en Argentina

¹²⁰ Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia.

¹²¹ Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

¹²² Artículo 189 de la Constitución Política de Colombia.

Se considera que la actividad empresarial del Estado argentino pese a remontarse a los orígenes mismos de la Nación, tiene su auge a partir de la década de 1930, momento en que la figura de empresa del Estado tuvo un importante papel en la economía, guiada por la necesidad de regulación de actividades fundamentales especialmente productivas (Solveira, 2009).

El Estado argentino amplió y transformó el aparato estatal desde los inicios de su organización como Estado independiente y mantuvo un alto gasto público, el cual experimentó un sostenido crecimiento pese a las crisis económicas sufridas a nivel global (especialmente luego de la Primera y Segunda Guerra Mundial).

Con la intervención del Estado en la economía lo que se pretendió fue afianzar la presencia estatal en todo el territorio argentino, por medio de emprendimientos relacionados con el desarrollo económico, tales como la construcción de obras públicas, o prestación de servicios básicos, para lo cual fueron constituidas las primeras empresas públicas. La Administración General de Ferrocarriles del Estado, creada en 1909 y la empresa de Obras Sanitarias de la Nación creada en 1912, fueron las primeras empresas que el Estado constituyó en una fase tardía del modelo liberal, cuando recién empezaban a sentarse las bases del Estado intervencionista. Estas y otras entidades de similares características pasaron por un proceso de estructuración que, con el tiempo, les concedió un carácter autónomo y permitió a los funcionarios que laboraban en ellas, el adquirir conocimientos técnicos relacionados con la actividad que desarrollaban. (Regalsky y Salerno, 2008).

Es así que el Estado argentino paulatinamente se convierte en un Estado propietario de empresas, función interventora que logró a través de una colaboración entre el sector público y el sector privado y de participación netamente pública, en el sector económico.

Durante varias décadas en Argentina el modelo de gobierno estuvo caracterizado por la creación de varias empresas públicas que poseían autonomía respecto de los órganos de la Administración Pública Central y que ejercían su actividad gozando de flexibilidad en comparación con otras instituciones del Estado (Solveira, 2009). En el año 1974 se expide la Ley 20705123 durante el tercer gobierno de Juan Domingo Perón, cuyo contenido se haya dirigido a regular de mejor manera las sociedades del Estado, numerosas en ese entonces.

¹²³ Ley promulgada en el Boletín Oficial del 26 de Agosto de 1974.

El término sociedades del Estado fue acuñado para definir a las empresas exclusivamente de propiedad del Estado. Mediante esta Ley se dotó de mayor autonomía a estas empresas, al conferirles una estructura general propia de las sociedades anónimas.

De acuerdo con dicha norma se define como sociedades del Estado a aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyan el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por dicha Ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o prestar servicios públicos.

Las sociedades de economía mixta en las que el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, etc., eran propietarios en forma individual o conjunta de acciones, que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital social, se sometían a la Ley de Sociedades Comerciales¹²⁴.

Cabe señalar que Argentina es una República Federal de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina. Cada provincia tiene el poder de administrarse y organizarse según los intereses propios y podrá expedir su propia constitución.

Las empresas públicas en Argentina podían ser creadas tanto por el Estado nacional, como por las provincias, los municipios e incluso por órganos que el Estado autorizase para ello. Todas las sociedades del Estado se hallaban sometidas a la Ley 20705.

La Ley 20705 dispuso en el artículo 2 que: “Las sociedades del Estado podrán ser unipersonales y se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley (...).”.

Como se puede apreciar, las empresas de propiedad exclusiva del Estado, estaban sometidas al régimen privado (siempre que esto no contraviniese lo dispuesto por la legislación), y se estructuraban como sociedades anónimas, lo cual se entiende fue previsto con la finalidad de facilitar su funcionamiento en el medio económico.

¹²⁴ Artículo 308 del Decreto Ley 19550 publicado en el Boletín Oficial del 30 de marzo de 1984.

Incluso se dispuso que no debiera aplicarse a estas sociedades leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos propias del sector público, que se aplican normalmente a las instituciones públicas¹²⁵.

También se prohibió que en las sociedades del Estado se invierta capital privado, así como no sería posible el transformarlas en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria¹²⁶. Sin embargo, se facultó al Poder Ejecutivo para transformar en sociedad del Estado a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y las sociedades de economía mixta, de considerarlo necesario¹²⁷.

La Ley 20705 también establece que, en lo referente a los directores de las sociedades del Estado, estos deben estar sometidos al régimen de incompatibilidades previsto por el artículo 310 de la Ley de Sociedades¹²⁸ que determina que no pueden ser directores ni gerentes de estas empresas quienes no pueden ejercer el comercio de acuerdo con la legislación argentina, quienes haya incurrido en quiebra culpable o fraudulenta hasta diez años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez años después de su rehabilitación y los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades, hasta después de diez años de cumplida la condena. También se ha establecido la inhabilitación de ejercer estos cargos para los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos años del cese de sus funciones¹²⁹.

Vemos como la Ley se apoya en la normativa propia del sector privado, al establecer que las inhabilitaciones existentes para los directores y gerentes de las empresas privadas sean también aplicadas a las empresas de propiedad exclusiva del Estado y también a las de economía mixta con participación mayoritaria de éste. Dado que la Ley no contenía

¹²⁵ Artículo 9 de la Ley 20705.

¹²⁶ Artículo 3 de la Ley 20705.

¹²⁷ Artículo 9 de la Ley 20705.

¹²⁸ Artículo 7 de la Ley 20705.

¹²⁹ Artículo 264 de la Ley 19550.

disposiciones sobre la forma de nombrar estos órganos de administración, se considera que estos detalles quedaban libres de ser estipulados en el estatuto de cada empresa.

Pese a la existencia de esta normativa, el control en la gestión de las empresas públicas fue defectuoso. Entre las falencias que se detectaron en estas entidades se encuentran la inadecuada asignación de los recursos empresarios, que se traduce en tasas negativas de rentabilidad, la ausencia de un sistema de costos, el atraso en la ejecución de obras, deficiente calidad del servicio, falta de competitividad en los mercados e incumplimiento de las políticas que se dictaban a nivel macroeconómico y sectorial (Macchi, 1985).

Durante la dictadura militar argentina, también conocida como el Proceso de Reorganización Nacional (vivió desde el año 1976 hasta 1983), ya se había planteado la idea de privatizar algunas de las empresas públicas, sin embargo, estas propuestas no se llevaron a cabo en ese momento, e incluso el aparato gubernamental creció al incorporar empresas privadas al borde de la quiebra, las cuales el Estado decidió transformar en públicas.

Fue durante el gobierno del presidente Carlos Menem cuando en Argentina se llevó a cabo un proceso de modernización que conllevó a una reforma profunda, que afectaría para siempre la figura de empresa pública en dicho país. Las principales regulaciones que enmarcaron este proceso se encuentran en la Ley 23696 o Ley de Reforma del Estado promulgada en el año 1989¹³⁰, mediante la cual se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, así como a las empresas del Estado en general. Este proceso de modernización del Estado argentino estuvo marcado por una fiebre de privatización.

En el artículo 2 de la antes mencionada Ley, se autorizaba al Presidente de la República Argentina, para que inicie un proceso de intervención con el fin de privatizar las numerosas empresas estatales existentes, incluidas las empresas de economía mixta, al disponer que.

También en el artículo 7 se facultaba al Ejecutivo para efectuar la fusión y disolución de estas y otras entidades del sector público.

El proceso de privatización de las empresas públicas argentinas, contó con la asesoría técnica y con colaboración financiera del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial.

¹³⁰ Ley publicada en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 1989.

Fue así que se llevaron a cabo los mecanismos para reducir al Estado y coartar su iniciativa empresarial, hasta entonces amplia en el territorio argentino.

Las razones por las que se efectuó la privatización del sector empresarial del Estado, respondían a la necesidad de bajar el gasto público y con ello alcanzar los recursos necesarios para aminorar el déficit fiscal existente, resultado de la crisis rampante que afectaba al país y que fue reconocida a nivel mundial. Con la entrega de las empresas públicas a los acreedores del Estado, se lograba pagar en parte la gran deuda externa existente.

También el gobierno se valió de la privatización para alcanzar un equilibrio en el presupuesto del Estado, y bajar la hiperinflación que azotaba la economía del país, durante aquellos años.

Finalmente se consideró que el Estado, al no tener suficiente capital para invertir en estas entidades, que daban cabida a un crecimiento desmedido de la burocracia y a una imperante corrupción, causó perjuicios a los ciudadanos en lugar de actuar para su beneficio. Se sostuvo que con la inversión privada, la prestación de los servicios públicos y la gestión de los sectores estratégicos de estas empresas sería mejorada, alcanzando altos niveles de eficacia y eficiencia.

El gobierno de aquel entonces también llegó a la conclusión de que privatizar o liquidar las empresas públicas existentes, permitiría crear las condiciones necesarias para efectuar el proceso de convertibilidad de la moneda que se esperaba llevar a cabo y que finalmente se aplicó en Argentina.

Durante los siguientes años, las empresas industriales encargadas de los sectores estratégicos y las prestadoras de servicios, e incluso las que realizaban labores de regulación y control social fueron privatizadas, disueltas o concesionadas.

Entre las empresas que fueron privatizadas se encuentran las encargadas de gestionar el sector petrolero, ferroviario, eléctrico, y las responsables de los medios de comunicación estatales en radio y televisión, e incluso la emblemática empresa Aerolíneas Argentinas.

Como ejemplo de las empresas disueltas tenemos al Banco Nacional de Desarrollo, a la Corporación Argentina de Productores y a la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos.

Posteriormente en el año 1992 se expide la Ley 24156 de la Administración Financiera y de los Sistemas de Control el Sector Público Nacional¹³¹, que forma parte del proceso de reforma del Estado argentino, y por medio de la cual se establece un novedoso sistema de administración financiera y de control del sector público del país.

En el Capítulo III de dicha Ley, se encuentran recogidas disposiciones referentes al régimen presupuestario de las empresas públicas que actualmente se encuentran en vigencia.

Entre las normas más significativas al respecto, está la de establecer que los directorios o máxima autoridad ejecutiva de las empresas públicas aprobarán el proyecto de presupuesto anual de su gestión y lo remitirán a la Oficina Nacional de Presupuesto¹³², la cual los analizará y preparará un informe referente al tema. Ambos documentos serán luego sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, que realizará los cambios que considere pertinentes y aprobará el presupuesto de cada empresa pública¹³³.

Estas disposiciones se hayan dirigidas a efectuar un control a la gestión de las empresas públicas en Argentina, control que queda mayormente en el poder ejecutivo como se puede apreciar.

Así mismo mediante la Ley 21801¹³⁴, se creó la Sindicatura General de Empresas Públicas, que está administrada por el Ministerio de Economía, y que tiene por objeto el ejercer el control externo de las empresas de propiedad total o mayoritaria del Estado, cualquiera fuera su naturaleza jurídica¹³⁵.

Como se ha expresado, la figura de empresa pública en Argentina no ha desaparecido del todo ya que aún es posible constituir las.

Sin embargo, pese a que el gobierno argentino en la actualidad mantiene una línea peronista de tipo socialista que va en contra de los principio neoliberales, no se han impulsado mayores medidas que promuevan el intervencionismo del Estado en el sector económico, a través de entidades propias. Los procesos llevados a cabo han tenido como

¹³¹ Ley promulgada en el Boletín Oficial del 29 de Octubre de 1992.

¹³² Artículo 46 de la Ley 24156.

¹³³ Artículo 49 de la Ley 24156.

¹³⁴ Ley promulgada en el Boletín Oficial del 18 de mayo de 1978.

¹³⁵ Artículo 5 de la Ley 21801.

objetivo el recuperar ciertas empresas privatizadas, como sucedió con la emblemática empresa Aerolíneas Argentinas.

Al analizar la figura de empresa pública en Argentina, se pueden realizar conclusiones interesantes. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico argentino existió una amplia libertad y autonomía conferidas a estas entidades, al disponer que pudieran ser tratadas como sociedades anónimas y regirse mayoritariamente bajo el derecho privado, siendo difícil para la Administración Pública el controlar su accionar.

Que estas medidas haya resultado positivas o negativas quizás no sería fácil de afirmar, en razón de que el desarrollo de las empresas públicas quedó frustrado durante el gobierno de Menem como hemos visto, no obstante, podría considerarse que no existió un control suficiente en las grandes empresas públicas, cuyo crecimiento desmedido y deficiente gestión las hizo foco de acusaciones de corrupción y las convirtió en una de las culpables de la crisis económica que sufrió el país.

La experiencia argentina nos permite apreciar la necesidad de establecer un control efectivo y permanente sobre las empresas de propiedad del Estado y sus administradores, ya que estas concentran grandes cantidades de dineros públicos y tienen amplias responsabilidades para con la sociedad. Incluso pueden ser presa fácil de políticas inescrupulosas tendientes a entregarlas como parte de pago de deudas adquiridas por el Estado, teniendo que dejar en manos de la iniciativa privada la prestación de servicios públicos o la gestión de sectores estratégicos del país, lo cual puede resultar contraproducente para la mayoría de los habitantes y fomentar una acumulación de capital en las minorías, aumentando así la desigualdad social.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Con el propósito de finalizar el presente trabajo de disertación, en este capítulo se expondrán las conclusiones alcanzadas; en base a las mismas, se presentarán recomendaciones propias que se espera sean un aporte al estudio de la empresa pública en nuestro país.

El principal objetivo de este trabajo fue determinar el régimen jurídico laboral en el que se enmarca actualmente la gestión de los administradores de las empresas públicas del Ecuador, así como analizar si la normativa existente al momento, mantiene las reglamentaciones necesarias para brindar un marco jurídico adecuado a la realidad de dichos órganos de administración.

Previo el análisis de la antes mencionada legislación, se realizó una revisión sobre distintos aspectos de las empresas públicas. Se estudiaron las principales particularidades que las caracterizan, las finalidades que éstas persiguen, su naturaleza jurídica, entre otros aspectos, igualmente se efectuó un breve recorrido por la historia de estas figuras tanto a nivel mundial como específicamente en el Ecuador; todo esto partiendo del estudio sobre la Administración Pública.

La existencia y funcionamiento de la empresa de propiedad del Estado se fundamenta en uno de los principios del Estado Social de Derechos y Justicia, que es el de la intervención del Estado en la economía.

La Constitución de la República ha dispuesto que el Estado pueda constituir empresas públicas para que participe directamente en actividades como la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, así como el desarrollo de otras actividades económicas que considere necesario poner en marcha.

En base a los diversos estudios doctrinarios sobre el tema, y al análisis de la figura de empresa pública como tal, se llegó a determinar que la naturaleza jurídica de este tipo de empresas desafía muchos de los planteamientos tradicionales del Derecho administrativo, ya que para alcanzar la rentabilidad social deseada, debe incursionar en actividades económicas productivas típicas de las empresas del sector privado, cuestión que podría hacer pensar que la empresa pública no se está totalmente bajo la potestad del Estado. La Administración Pública será la encargada de armonizar ambos aspectos, como se pudo concluir.

En el desarrollo del estudio se determinó la naturaleza de las empresas públicas, con lo cual fue posible llegar a las siguientes conclusiones:

- ✓ Las empresas públicas funcionan como sociedades de derecho público y son normadas por el régimen jurídico público. La Ley Orgánica de Empresas Públicas

es la norma que por excelencia contiene las disposiciones aplicables a dichas entidades.

- ✓ En la Ley Orgánica de Empresas Públicas se hayan contenidas las disposiciones relacionadas con la regulación, constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas; así como los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas.
- ✓ Las empresas públicas se rigen también por normas propias del derecho privado debido a que desarrollan una actividad económica rentable, un ejemplo de ello son las disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que generalmente norma las actividades de las empresas del sector privado, pero que también se aplica a dichas entidades.
- ✓ La empresa pública asimismo no debe confundirse con otros tipos de instituciones autónomas del Estado, pues posee una naturaleza diferente.
- ✓ La empresa pública es una entidad con personalidad jurídica propia, esto significa que las actividades que realiza están dotadas de plena validez jurídica, por ende es responsable de sus actos tanto ante sí como ante terceros.
- ✓ La empresa pública ostenta autonomía financiera, administrativa y de gestión, todas estas facultadas atribuidas por la Constitución de la República y, si bien forma parte del sector público, mantiene una libertad de acción que no la tienen otros órganos del Estado.
- ✓ Las facultades autónomas otorgadas a las empresa públicas, les permite efectuar de mejor manera la actividad productiva en la que incursionan.
- ✓ Las empresas públicas están sujetas al control del Estado, dado que el capital que las conforma es íntegramente público.
- ✓ Los organismos que la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala como responsables del control externo de las mismas son la Contraloría General del Estado y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
- ✓ Las empresas públicas no podrán ser declaradas en quiebra, sin embargo pueden ser disueltas si así lo considera la Administración Pública, la cual determinará el

destino del patrimonio de la misma.

- ✓ Las empresas de economía mixta no son empresas públicas, conforme lo ha dispuesto la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ya que no comparten las mismas características de las empresas de propiedad exclusiva del Estado.
- ✓ La Constitución de la República establece que las empresas públicas podrán adquirir participaciones en empresas mixtas, siempre que el Estado tenga la mayoría accionaria, con el fin de tomar parte en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Una vez aclarados los temas respecto de la naturaleza de la empresa pública, se realizó el estudio de la legislación laboral que rige a los servidores públicos que laboran en este tipo de entidades, así como el tema relacionado con la administración del talento humano dentro de estas empresas, gracias a que el trabajo fue desarrollado de forma complementaria tanto desde el punto de vista de la ciencia jurídica, como de la ciencia administrativa.

En tal virtud, se alcanzaron interesantes conclusiones que serán resumidas a continuación:

- ✓ La Constitución de la República dispone que los organismos creados por ella para el ejercicio de la potestad estatal, la prestación de servicios, la gestión de sectores estratégicos (entre otras actividades) formen parte del sector público.
- ✓ La Carta Magna también dispone que todas las personas quienes en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, serán servidores públicos.
- ✓ De conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, quienes laboren en las empresas públicas son considerados servidores públicos.
- ✓ Tanto los servidores públicos de carrera, como aquellos de libre nombramiento y remoción (quienes ejercen normalmente cargos de dirección), así como los obreros que laboran en el sector público son considerados servidores públicos por la Constitución de la República, la cual les confiere diversos derechos e impone deberes y responsabilidades generales en el ejercicio de sus cargos.
- ✓ Quienes tengan la calidad de obreros dentro de las empresas públicas son servidores públicos, mas estarán regidos por la normativa contenida en el Código de Trabajo,

en armonía con las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, de conformidad con establecido en el Decreto Ejecutivo No. 1701 (modificado por el Decreto Ejecutivo No. 225), por ende es dicho Código la fuente principal de regulación laboral de estos trabajadores.

- ✓ La calificación general de obrero, pese a lo que dispone el Decreto Ejecutivo No.1701 no se encuentra detallada en el Código de Trabajo. La Ley Orgánica de Empresas Públicas contiene una definición al respecto en el artículo 18 literal c que establece que obreros son “aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública”, definición que se considera sería la adecuada para determinar la calidad de obreros de quienes laboren en las empresas públicas.
- ✓ La Ley Orgánica de Servicio Público posee regulaciones en materia laboral aplicables a los servidores del sector público en general, estas disposiciones se considera han sido expedidas en respuesta a las necesidades que experimenta el recurso humano que labora en las instituciones y organismos del Estado.
- ✓ La Ley Orgánica de Empresas Públicas también contiene disposiciones destinadas a dirigir la gestión del talento humano en el sector público, mas dichas regulaciones solo deberán aplicarse a los servidores de las empresas públicas (y en ciertos casos a los trabajadores de las empresas mixtas).

Tras las conclusiones presentadas se pudo detectar la existencia de contradicciones entre las normas aplicables a los servidores de las empresas públicas.

En la tradición jurídica existente en nuestro país, es la Ley Orgánica de Servicio Público (antes de esta fue la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa), la que por excelencia contiene la regulación dirigida a las actividades de los servidores públicos; dado que quienes trabajan en las empresas públicas tienen esta calidad, lo lógico fue concluir que es esta la Ley que debería normar al personal de dichas empresas.

Sin embargo, tras enunciar varios artículos contenidos tanto en la Ley Orgánica de Servicio Público, como en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y efectuar un análisis respecto de las disposiciones de dichas normas,

se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- ✓ Puesto que la Ley Orgánica de Servicio Público ha dispuesto en el último párrafo del artículo 3, que en las empresas públicas (sus filiales y unidades de negocio), se aplicará lo dispuesto en el Título IV titulado de la Gestión del Talento Humano de las Empresas Públicas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se concluye que la principal fuente de regulaciones laborales aplicables a los servidores públicos en las empresas públicas, es dicha ley.
- ✓ La Ley Orgánica de Empresas Públicas es la norma que por excelencia regula los aspectos laborales en las empresas públicas, y la primera en ser consultada en caso de que exista controversia o falta de claridad en la legislación.
- ✓ El Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas recoge las disposiciones que regirán al talento humano en general.
- ✓ La Ley Orgánica de Empresas Públicas no es la única norma aplicable en materia laboral, ya que las regulaciones de este estilo también provienen de otros cuerpos normativos tales como la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Servicio Público, y algunos de los Mandatos Constituyentes, al respecto la misma LOEP establece que el talento humano de las empresas públicas también se someterá a las leyes que regulan la Administración Pública en nuestro país. Existen así mismo normas aplicables en convenios internacionales de temática laboral.
- ✓ Las normas internas del talento humano que cada empresa pública expide para regularse, las cuales tiene un carácter reglamentario, también forman parte del marco jurídico laboral de la empresa pública.
- ✓ La gestión del talento humano dentro de la empresa pública es responsabilidad de los órganos de administración de la empresa pública, es decir tanto del Directorio como de la gerencia general, ya que la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha dispuesto que esta actividad forme parte de su labor.
- ✓ La LOEP establece que el Gerente General de la empresa pública se encargará de la administración del talento humano, y que el Directorio, representado por su Presidente, sea el responsable de la expedición de normas internas de administración relativas a mecanismos de ingreso, ascenso, régimen disciplinario, entre otras.

Una vez se llegó a concluir lo antedicho, se continuó con el estudio de los órganos de administración de la empresa pública, con la finalidad de llegar a establecer a ciencia cierta el régimen jurídico laboral al que están sometidos. Tras el acercamiento a la estructura organizacional de las empresas públicas, específicamente del nivel jerárquico superior.

En la estructura piramidal de la empresa existen 3 niveles como se dijo, en el primero está el personal encargado de labores operativas, en el nivel intermedio quienes ejercen actividades de administración o dirección y finalmente en el nivel superior se encuentra el órgano de gobierno de la empresa, que generalmente es la junta de socios, aunque esto dependerá del tipo de sociedad que se está creando.

El órgano de administración de las empresas privadas normalmente varía dependiendo el tipo de entidad, es por esto que su conformación, atribuciones, responsabilidades, etc. se las incluye en el estatuto de creación de la sociedad. En la mayoría de empresas privadas, el órgano de administración es el directorio, cuyos miembros se nombran por el órgano de gobierno.

Como se analizó, en las empresas públicas, a diferencia de las empresas privadas, no existe un órgano de gobierno. El órgano de gobierno de las compañías privadas está conformado por los socios que fundaron la empresa, quienes esperan alcanzar beneficios económicos resultantes de la actividad de la organización. En una empresa pública no existe un órgano de gobierno propiamente dicho, es decir, no existe una junta de socios, puesto que no hay socios fundadores, sino que el Estado aporta todo el capital para la creación de estas empresas. No obstante podría considerarse que el Directorio de la empresa pública ejerce de cierta forma actividades de gobierno de la empresa pública, pero en la asociación que se hace con la estructura común de la empresa privada, no se debe confundir al Directorio con el órgano de gobierno típico.

Es así que en la parte final de este trabajo se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- ✓ En la empresa pública no existe una figura similar al órgano de gobierno.
- ✓ Los órganos de administración de las empresas públicas son el Presidente del Directorio y el Gerente General.
- ✓ Los órganos de administración de la empresa pública tienen altas responsabilidades para con la organización, ya que de ellos dependerá el brindar un medio para el desarrollo de los trabajadores y de la empresa, utilizando los recursos con los que

cuenta la entidad.

- ✓ Quienes cumplen labores de administración en la empresa pública y pertenecen al nivel jerárquico superior de la empresa pública, es decir, tanto el Presidente del Directorio como el Gerente General, en el ejercicio de sus funciones se regirán principalmente por la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Al respecto dicha Ley determina las regulaciones pertinentes en el capítulo II denominado “De los administradores”, del título III de título “De la dirección y administración de las empresas públicas”.
- ✓ Los órganos de administración también enmarcarán su actividad en otras normas propias del Derecho público laboral, e incluso en las regulaciones internas expedidas por cada empresa.
- ✓ Los órganos de administración de la empresa pública no mantienen una relación laboral propiamente dicha con el Estado, conforme lo ha dispuesto la LOEP.
- ✓ Los Presidentes del Directorio cuando no están ejerciendo dicho cargo, y se encuentran cumpliendo con su labor principal, estarán regidos principalmente por la Ley Orgánica de Servicio Pública, ya que son servidores públicos.

En conclusión, si bien la empresa pública se caracterizará por tener una mayor libertad de acción, en comparación con otras instituciones del Estado, primordialmente por la autonomía financiera, administrativa y de gestión que ostenta, así como por ser titular de una personalidad jurídica propia, su régimen jurídico laboral es de derecho público, y especialmente se fundamenta en las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En lo que respecta a los administradores ellos también se regirán en lo principal por dicha Ley.

3.1 Recomendaciones

Las recomendaciones que presentaré a continuación son fruto del análisis efectuado en esta tesis, cuyos planteamientos y posteriores conclusiones, especialmente en lo relacionado con el régimen jurídico laboral que regula las actuaciones de los administradores de las mismas, ya han sido expuestos. En tal virtud, se enlistan las siguientes recomendaciones:

- ✓ Puesto que el establecimiento del régimen jurídico que enmarca las actuaciones de la empresa pública, como se analizó, puede llegar a presentar dificultades, se ha procurado incluir en la Ley Orgánica de Empresas Públicas la mayor parte de las disposiciones que regulen a estas empresas y a las actuaciones de sus administradores. Dicha Ley hace referencia en varias ocasiones a regulaciones que serán detalladas en el reglamento general, en razón de que el legislador decidió dejar varias cuestiones para ser ampliadas en la norma mencionada. Hasta el momento el Reglamento General de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no ha sido creado ni promulgado por la Función Ejecutiva. La expedición de un reglamento se hace necesaria por cuanto su existencia ampliará las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con lo cual se brindará claridad sobre temas que la Ley toca pero no específica, así como cuestiones que llaman a la confusión. De lo antedicho, se presenta la recomendación de que la Administración Pública Central a través del Presidente de la República, emita el Reglamento General a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ya que se trata de un tema primordial que contribuirá al correcto funcionamiento de este tipo de entidades, pues las dotará de un marco normativo más completo.
- ✓ Otra recomendación está relacionada con la vigilancia y control integrales de las actuaciones de las empresas públicas. Estas empresas se encuentran sujetas al control de la Contraloría General del Estado y el Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Control Social conforme lo dispone la LOEP. A dichos órganos del Estado se les han encomendado actividades como la verificación y evaluación del cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y el control de la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos¹³⁶, así como el establecimiento del mecanismo de rendición de cuentas que implica que las empresas públicas deban presentar balances anuales y niveles de cumplimiento de obligaciones laborales, tributarias y cumplimiento de objetivos¹³⁷. Considero que dicho control se encuentra limitado y no abarca la totalidad de las acciones que efectúan estas entidades, por ende se presenta la propuesta de crear una entidad responsable del control íntegro de la actividad de las

¹³⁶Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

¹³⁷Artículo 10 de la Ley Orgánica del Consejo Participación Ciudadana y Control Social publicada en el Registro Oficial No. 22 del 09 de septiembre de 2009.

empresas públicas que, junto con la labor del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y con la Contraloría del Estado, realice un control periódico y especial dirigido a estas entidades. En el Ecuador podría crearse una superintendencia autónoma, o una dependencia adscrita a la actual Superintendencia de Compañías, que se encargue de realizar labores de vigilancia y control de la organización, actividades y funcionamiento de las empresas públicas, como lo hace con las empresas privadas, dirigiéndose a temas propios de este tipo de organizaciones, ya que los mecanismos de control existentes pueden estar limitados, y no abarcar la totalidad de las actividades de estas empresas, las cuales difieren en gran manera a las de otros órganos del Estado. Se hace necesario el realizar verificaciones específicas sobre temas propios de una empresa, como la correcta gestión de los sectores estratégicos o de una prestación de servicios que satisfaga las necesidades de los usuarios y consumidores, e incluso auditorías especializadas sobre temas contables. Un ejemplo de este tipo de organismo es la Superintendencia de Servicios Públicos que existe en Colombia y que ya fue mencionada en el estudio, si bien solamente se centra en las empresas que brinda este tipo de servicios.

- ✓ En lo que respecta a la actividad de los administradores de las empresas públicas, la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el artículo 11, dispone que los representantes legales de las empresas públicas también tengan la obligación de rendir cuentas. Cómo se analizó ya, el representante legal de la empresa pública es el Gerente General. Al respecto no existe una disposición expresa ni en dicha Ley ni en la LOEP sobre la forma en la que estos funcionarios realizarán la rendición de cuentas. En tal sentido, es responsabilidad del CPCCS el diseñar el proceso pertinente para la rendición de cuentas de los administradores de las empresas públicas, por ende también se recomienda el impulsar acciones dirigidas a que dicho organismo elabore y socialice los procedimientos para llevar a cabo dicho mecanismo. En un acápite posterior se presentarán recomendaciones específicamente, respecto de las consecuencias jurídicas existentes en el ejercicio del cargo de Gerente General de las empresas públicas.
- ✓ Otra de las recomendaciones es la de incluir en los documentos de creación de las

empresas públicas o estatutos, de una forma clara, concisa y detallada, las atribuciones y responsabilidades que tendrán los órganos de administración de la empresa, y no solamente realizar una transcripción de las disposiciones que contiene la LOEP, las cuales como se ha visto, son generales. La empresa pública, al ser parte del sector público y regirse por el Derecho administrativo, debe delimitar su actividad a lo que establece el ordenamiento jurídico respectivo, siendo entonces necesario el incluir en dichos estatutos, la mayor cantidad de regulaciones sobre el funcionamiento de la organización, sobre todo al respecto de la actuación de los Presidentes del Directorio y de los Gerentes Generales, con la finalidad de enmarcar de la mejor manera estos temas, evitando así el que dichos servidores puedan excederse en sus funciones, lo que podría resultar perjudicial tanto para la empresa como para sí mismos. Esta recomendación debe ser apreciada desde el fundamento de que cada empresa es un universo único y realiza actividades diferentes.

- ✓ Una recomendación que se encuentra relacionada con puntos anteriores, es la de impulsar mecanismos de rendición de cuentas y de repetición, hacia los órganos de administración, puesto que una mala administración que desemboque en un deficiente funcionamiento por parte de la empresa pública, conlleva pérdidas económicas que el Estado subvencionará con dineros públicos. El no temer la posible quiebra de la empresa, incluso que no exista un proceso claro y especial de rendición de cuentas y consecuencias específicas para los administradores de las empresas públicas, en caso de una mala actuación el ejercicio de sus cargos, puede dar como resultado lo antedicho. Los mecanismos de rendición de cuentas y repetición se basan tanto en el principio de que todo servidor es un depositario de la confianza ciudadana o fe pública, por ende es su deber jurídico el responder por los actos sea dolosos o culposos en los que haya incurrido, debido a su acción o a su omisión (Jaramillo, 2013), así como en el principio de que el administrador de la empresa deberá efectuar su actividad con un mínimo de diligencia, como si se tratara del manejo de un negocio propio. El Estado tiene el derecho de pedir que se le rindan cuentas sobre el accionar de los servidores públicos, así como de efectuar la repetición hacia el funcionario que actúa como administrador de la empresa pública en razón de que “la repetición es un derecho constitucional que tiene el Estado de demandar a los servidores públicos y recuperar los valores pagados (...)

por causa de de los daños y perjuicios impuestos por la conducta irregular comedita por dolo o por culpa...” (Jaramillo, 2013, 342). Sin embargo, al no existir un mecanismo claro de repetición por parte del Estado para con dichos funcionarios que conste en la legislación, en caso de existir pérdida en la empresa, esta es asumida por toda la sociedad, lo cual puede convertir a la empresa pública en una carga para la Administración Pública y no en una herramienta necesaria para la consecución de sus fines. Cabe aclarar que cuando se produzcan saldos desfavorables en la empresa, sin que exista claramente dolo en las acciones del administrador, no sería legítimo el que el Estado repita sobre éste ya que, como en todo negocio, la empresa pública podrá alcanzar ganancias pero también pérdidas en el ejercicio de su actividad, y esto no siempre será por una mala administración sino por muchas otras condiciones del medio donde se desenvuelve, e incluso por la actividad económica que realiza.

- ✓ Una recomendación más que se presenta, mantiene dos puntos de vista de una misma realidad. En cuanto a la duración del cargo de administrador de las empresas públicas, específicamente del de Gerente General, se recomienda que el Estado ponga en marcha el criterio de libre remoción del cargo de estos servidores, cuando así lo crea necesario, ya que puede presentarse el caso de que la actividad del funcionario no cumpla con los parámetros bajo los que fue nombrado. El Estado podrá entonces nombrar a otra persona de forma inmediata lo cual representará un beneficio para la empresa. Por otro lado, también considero que debería darse un tiempo razonable para que la actuación del administrador pueda dar frutos, y sea entonces sometida a evaluación, ya que no siempre será posible apreciar los resultados de su gestión de forma inmediata. Dichas especificaciones, si bien han sido previstas por la legislación dirigida a las empresas del sector privado en el régimen jurídico de la empresa pública no se han emulado del todo. La Ley de Compañías por ejemplo, establece al respecto de la compañía anónima, que en razón de que la administración de la compañía está desligada de la titularidad del capital, ésta deberá ser administrada por mandatarios amovibles, por ende el nombramiento de estos empleados es temporal y revocable, ya que la junta general podrá removerlos de su cargo con libertad, sin necesidad de justificación ni de sujetarse a exigencia o condición alguna. Asimismo al administrador podrá solicitársele que rinda garantía previo al ejercicio de su cargo, de conformidad con

lo que disponga el estatuto de la compañía, esto con la finalidad de que se garantice de mejor manera su actuación como administrador en la empresa (Ramírez, 2013).

- ✓ Los presupuestos presentados en este trabajo son el fundamento para asegurar que las empresas públicas son entidades protagónicas en la vida económica y social del Ecuador. La incidencia que tienen estas figuras en la búsqueda y alcance del buen vivir que procura el Estado para sus administrados, se manifiesta a diario en las actividades que llevan a cabo dichas entidades. La importancia de un entendimiento por parte de todos los ecuatorianos, de por qué las empresas públicas han sido creadas, así como la forma en la que el Estado las administra y los aspectos más importantes de su funcionamiento, debe ser parte de las funciones de la Administración Pública; por ende la enseñanza respecto de estos tópicos en escuelas, colegios y universidades, públicas y privadas de nuestro país, es una de las recomendaciones que se plantean. Incluir en la instrucción escolar general, pero especialmente en la cátedra universitaria de las facultades de derecho y de las facultades de administración de empresas, una o varias materias dirigidas al estudio íntegro de los temas relacionados con las empresas públicas, responde a la relevancia que la figura de empresa pública tiene para la sociedad ecuatoriana, ya que un conocimiento suficiente al respecto, considero deberá formar parte de la cultura general de todos quienes vivimos en el Ecuador, principalmente de quienes se encuentran formándose como futuros ingenieros empresariales y abogados, ya que ellos serán los futuros administradores y asesores de estas entidades, y cómo se ha podido evidenciar, éstas son funciones que revisten grandes responsabilidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, A. (2000). *Ecuador post petróleo*. Quito: Editorial del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS Ecuador). Recuperado de: <http://www.amazoniaporlavid.org>
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Empresa Pública. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica del Consejo Participación Ciudadana y Control Social. Quito: Ediciones Legales.
- Ávila, R. (2011). *El neo constitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Abya Yala
- Cassagne, J. (2002). *Derecho Administrativo (7ma ed.)*. Argentina: Editorial LexisNexis.
- Cabanellas, G. (1994). *Derecho societario, el contrato de sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cabanellas, G. (1996). *Derecho societario, los órganos societarios*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cabanellas, G. (1997). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (25ava ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Chiavenato, I. (1998). *Introducción a la teoría general de la administración (4ta ed.)*. México D.F., México: Mc Graw-Hill.
- Chiavenato I. (2002). *Administración de Recursos Humanos*. Colombia: Mc Graw Hill.
- Congreso Nacional. (2002). Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Quito: Ediciones Legales.
- Congreso Nacional. (2000). Ley Orgánica de Defensa al Consumidor: Ediciones Legales.

- Corte Constitucional. (2011). *Defensoría del Pueblo como garante de los derechos*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Dromi, J. (1973). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editores Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Dromi, R. (2011). *Derecho Administrativo (11va ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura Buenos Aires-Madrid.
- Ecuador Estratégico. (2011). Decreto Ejecutivo No. 870. Recuperado el 17 de Mayo de 2013, de Ecuador estratégico. Recuperado de: <http://www.ecuadorestrategicoep.gob.ec/>.
- Función Ejecutiva. (2010). Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito: Ediciones Legales.
- García, S. (1982). *Derecho social económico y empresa pública en México*. Toluca-México. Editorial Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gordillo, A. (1981). El control de las empresas públicas en América Latina. En Barquín, M. (Ed.), *Anuario Jurídico VIII-1981 del Seminario internacional sobre regulación de la empresa pública* (pp.305-340). México D.F, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Jaramillo, F. (2011). *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador* (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
- Jaramillo H. (2013). *Manual de Derecho Administrativo Tomo I (1ra ed.)*. Quito: Editorial Ediloja.
- Kligner, E. (2002). *La administración del personal en el sector público*. México D.F: Mc Graw Hill.
- Koonts, H. Weihrich, H. (1998) *Administración, una perspectiva global (11va ed.)*. México, D.F.: Mc Graw-Hill. Recuperado de: <http://www.identi.li>.
- Koonts, H. Weihrich, H. (2002) *Elementos de administración (6ta ed.)*. México, D.F., México: Mc Graw-Hill.
- Malhotra, N. K. (2004). *Investigación de mercados*. Puebla, México: Pearson educación

- McGregor, D. (1994). *El lado humano de las organizaciones*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Mc Graw-Hill.
- McGregor, D. (2007). *El lado humano de las empresas*. México D. F. México. McGraw Hill.
- Muñoz, P. (1973). *Introducción a la Administración Pública*. México D.F, México: FCE <http://www.inap.org.mx>.
- Nava, A. (1965). Empresa pública y sociedad anónima del Estado. *Revista de la Facultad de Derecho de México* (57), p 119-149.
- Naula, A. (2012). *El régimen laboral en el sector público* (tesis de maestría). Universidad Técnica Particular de Loja, Cuenca, Ecuador.
- Pérez Bustamante & Ponce. (19 de Octubre de 2009). RESUMEN EJECUTIVO DE LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS. Boletín Legal. Quito, Pichincha, Ecuador: Estudio Jurídico Pérez, Bustamante & Ponce.
- Pérez, E. (2012). *Elementos de derecho público económico*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ramírez, C. (2013). *Curso de derecho societario*. Loja, Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ramírez, C. (2013). *Curso de derecho societario, volumen dos*. Loja, Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2009). Plan Nacional del buen vivir 2009-2013. Quito: Senplades.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2014). Plan Nacional del buen vivir 2013-2017. Quito: Senplades.
- Vélez, M. (2009). Supremacía de la Constitución. *Sicología política* No. 20, 22.
- Trujillo, J. (2da edición). (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Valdaliso, J., López, S. (2008). *Historia económica de la empresa*. Barcelona, España: Atona S.L.

REFERENCIAS

- Acosta, A. (2000). *Ecuador post petróleo*. Quito: Editorial del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS Ecuador). Recuperado de: <http://www.amazoniaporlavida.org>.
- Aguirre A., Castillo, A., Tous, D. *Administración de organizaciones fundamentos y aplicaciones*. Madrid, España: Ediciones pirámide.
- Anderson, P. (2003). Neoliberalismo: un balance provisorio. En <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>, *La trama del Neoliberalismo: mercado, Crisis y exclusión social* (pp. 11-18). Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Barrionuevo, N. (2006). *Jaime Roldós su legado histórico*, Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Botero, Sandra (2006, 02, 03). La reforma constitucional de 1936 el Estado y las políticas sociales en Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia: *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, (33), pp. 85-109. Recuperado de www.revista.unal.edu.co.
- Broseta, M. (1995). *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. Recuperado de: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es>.
- Cassagne, J. (2002). *Derecho Administrativo (7ma ed.)*. Argentina: Editorial LexisNexis.
- Cabanellas, G. (1994). *Derecho societario, el contrato de sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cabanellas, G. (1996). *Derecho societario, los órganos societarios*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cabanellas, G. (1997). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (25ava ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Chiavenato, I. (1998). *Introducción a la teoría general de la administración (4ta ed.)*. México D.F., México: Mc Graw-Hill.
- Chiavenato I. (2002). *Administración de Recursos Humanos*. Colombia: Mc Graw Hill.

- Correa, M. Flynn, S. Amitt, A. (2004). *Responsabilidad social corporativa en América Latina: una visión empresarial*. Santiago de Chile: Editorial de las Naciones Unidas, CEPAL. Recuperado de: www.eclac.org.
- Corte Constitucional. (2011). *Defensoría del Pueblo como garante de los derechos*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Cortéz, D. (2011, 05 de febrero). La Construcción Social del “Buen Vivir” (Sumak Kawsay). *Revista del Programa Andino de Derechos Humanos*, (28). Recuperado de: <http://www.uasb.edu.ec>.
- Cuesta, A. (2010). *Gestión del Talento Humano y del Conocimiento*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- Dávalos, P. (2014, 11,02). *Geopolítica de la acumulación del capital: Ecuador en la Iniciativa IIRSA-COSIPLAN*. Quito, Ecuador: ALAI, América Latina en Movimiento. Recuperado de: <http://pablo-davalos.blogspot.com>.
- De Eduardo Arnoletto, J. (2007). Glosario de conceptos políticos usuales. Recuperado de: <http://www.eumed.net/dices/listado>.
- Dessler G. (2009). *Administración de Recursos Humanos*. México D.F., México: Pearson Educación.
- Dromi, J. (1973). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editores Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Dromi, R. (2011). *Derecho Administrativo (11va ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura Buenos Aires-Madrid.
- Estrada, Roberto (2013, 27, 09). Estado empleador: *Revista Vistazo*, (1106), pp. 187-188.
- Franklin, E. (2009). *Organización de empresas (3ra ed.)*. México D. F., México: McGraw Hill.
- Frederickson, H. (1983). *La nueva administración*. México D.F., México: Editorial Noema Editores. Recuperado de: <http://www.inap.org.mx>
- Galindo, J. (2008). *Manual para la creación de empresas*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ecoe Impresiones.

- Gagliardo, M. (1981). *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Garcés, F. (2012, 10 de Abril). El ejecutivo ha creado o modificado 21 empresas públicas en 28 meses. *Poderes- inteligencia política*. Recuperado de: <http://poderes.com.ec>
- García Ramírez, S. (1982) *Derecho social económico y empresa pública en México*. Toluca-México. Editorial Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gordillo, A. (1981). El control de las empresas públicas en América Latina. En Barquín, M. (Ed.), *Anuario Jurídico VIII-1981 del Seminario internacional sobre regulación de la empresa pública* (pp.305-340). México D.F, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Inteligencia de Negocios. (2013). Transparencia corporativa en empresas públicas. Recuperado de <http://www.comunicaciones.udd.cl>
- Jaramillo, F. (2011). *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador* (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
- Jaramillo H. (2013). *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Ediloja.
- Kligner, E. (2002). *La administración del personal en el sector público*. México D.F: Mc Graw Hill.
- Koonts, H. Weihrich, H. (1998) *Administración, una perspectiva global (11va ed.)*. México, D.F.: Mc Graw-Hill. Recuperado de: <http://www.identi.li>.
- Koonts, H. Weihrich, H. (2002) *Elementos de administración (6ta ed.)*. México, D.F., México: Mc Graw-Hill.
- Lara, J. (2010). *Breve Historia Contemporánea del Ecuador*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Fondo de Cultura Económica Ltda.
- Macchi, G. (Octubre de 1985). “Control de gestión y eficiencia de las Empresas Públicas”: La experiencia argentina. En Dávila, R. (Presidente). *Seminario Internacional Gestión de Empresas Públicas en América Latina*. Seminario Internacional llevado a cabo en la Dirección Nacional de Personal del Gobierno Ecuatoriano, Quito.

- Mintzberg, H. (2012). *La estructura de las organizaciones*. Barcelona: Ariel.
- Modernización del Estado y Privatizaciones. (20 de Noviembre de 2001). *Diario El Hoy*.
Recuperado de: <http://www.explored.com.ec>.
- Morales, F. (01, 08, 1990). La empresa pública en América Latina, origen, desarrollo y crisis: el caso de Chile. México D.F, México: Revista de Administración Pública RAP (77), pp. 119-133. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx>.
- La empresa. (1959). *Enciclopedia Jurídica Omeba* [versión física]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Jiménez, D. (05 de mayo de 2013). *Red de docentes de América Latina y del Caribe*. México D.F., México: Reddolac. Recuperado de: <http://www.reddolac.org>
- Madero, Y. (2012). *Guía laboral 2012 (1ra ed.)*. Santa Fe de Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Mancero, A. (1997). *La constitución económica del Estado Ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial*. Quito, Ecuador: Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales FESO.
- Marienhoff, M. (1960). *Tratado del dominio público*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina.
- Mcgregor, D. (1994). *El lado humano de las organizaciones*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Mc Graw-Hill
- McGregor, D. (2007). *El lado humano de las empresas*. México D. F. México. McGraw Hill.
- Muñoz, P. (1973). *Introducción a la Administración Pública*. México D.F, México: FCE
<http://www.inap.org.mx>
- Nava, A. (1965). Empresa pública y sociedad anónima del Estado. *Revista de la Facultad de Derecho de México* (57), p 119-149.
- Naula, A. (2012). *El régimen laboral en el sector público* (tesis de maestría). Universidad Técnica Particular de Loja, Cuenca, Ecuador.
- Niembro, E. (2003). *Manual de Administración del Talento y Capital Humano*. Recuperado de: <http://www.docstoc.com>.

- Orellana, P. (2004). *Modernización del Estado*. Santiago de Chile, Chile: Escuela de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Central de Chile. Recuperado de <http://www.probidadenchile.cl/>.
- Osornio, F. (1992). *Aspectos Jurídicos de la Administración Financiera en México (1ra ed.)*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Ostau De Lafont, Fr. (2009). *Tratado de derecho del trabajo*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Parada, R. (2008). *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons. Recuperado de: <http://www.seguridadpublica.es>.
- Pérez, E. (2012). *Elementos de derecho público económico*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pertile, F. (2005). *El Sumario Administrativo*. Córdoba, España. Recuperado de: <http://www.felixalbertopertile.com>.
- Ponce, P. (2001). *La Administración del Talento Humano como Factor Clave de Éxito en la Gestión Empresarial* (Tesis de maestría). Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, Ecuador.
- Ramírez, C. (2013). *Curso de derecho societario*. Loja, Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ramírez, C. (2013). *Curso de derecho societario, volumen dos*. Loja, Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Robbins, S. Coulter, M. (2005). *Administración (8va ed.)*. México D. F., México: Marisa de Anta.
- Regalsky, Andrés. Salerno, Elena (2008, 17, 02). En los comienzos de la empresa pública argentina: la Administración de los Ferrocarriles del Estado y las Obras Sanitarias de la Nacional antes de 1930, Argentina: *Investigaciones de Historia Económica, (11)*, pp. 107-136. Recuperado de <http://www.elsevierciencia.es>.
- Rougier, M. (9 de septiembre de 2008). El estado y sus empresas en el desempeño económico argentino de la segunda mitad del siglo XX. Una revisión necesaria. En área de Historia e Instituciones Económicas de la Universidad de Murcia

- (Presidencia). *Historia Económica*. Simposio llevado a cabo en el IX Congreso Internacional de la Asociación Española de Historia Económica, Murcia, España, Cartagena, Colombia.
- Sáchica, L. (1981). Regulación de la empresa pública en Colombia. En Barquín, M. (Ed.), *Anuario Jurídico VIII-1981 del Seminario internacional sobre regulación de la empresa pública* (pp.511-528). México D.F, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Salgado, H. (2010). *Introducción al derecho 2da ed.* Quito, Ecuador: Manuales Jurídicos.
- Schvarstein, Leonardo (2008, 03, 12). Nuevos Paradigmas para la Gestión Humana de las Organizaciones. Santa Fe de Bogotá, Colombia: *Contexto*, (2). Recuperado de <http://www.contextos-..revista.com.co>.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2009). Plan Nacional del buen vivir 2009-2013. Quito: SENPLADES.
- Soldevilla, E. (1978) *La Gestión de la Empresa Pública (1ra ed.)*. Madrid, España: Editorial Pirámide.
- Solveira, B. (Marzo de 2009). Las empresas públicas de electricidad en la Argentina: Antecedentes y creación de la Empresa provincial de Energía de Córdoba. En Consejo Nacional de Investigaciones Técnicas (Organizador). *Jornada VII Coloquio de Historia de Empresas: Historia del sector eléctrico en la Argentina, evolución, políticas y empresas*. Conferencia llevada a cabo en la Universidad de San Andrés, Buenos Aires.
- Suárez-Avilés, C. (2004). *Elementos de administración, administración privada y pública 3ra ed.* Guayaquil, Ecuador: Alcivar.
- Suing, J, (2011). *Gobiernos Autónomos Descentralizados*. Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Trápaga, J. (2000). El derecho social en México: problemas y perspectivas. *El Cotidiano* 16(99), 5-12. Recuperado de: www.redalyc.org.
- Tausky, C. (1970). *Conducción y organización*. Buenos Aires, Argentina: El Ateneo.

- Trujillo, J. (2007). La Constitución económica más allá del neoliberalismo. *Foro revista de derecho de la Universidad Simón Bolívar*, (7), 111-134.
- Trujillo, J. (2da edición). (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- ¿Una privatización distinta? (13 de Abril de 1994). *Diario El Hoy*. Recuperado de: <http://www.hoy.com.ec>.
- Valdaliso, J., López, S. (2008). *Historia económica de la empresa*. Barcelona, España: Atona S.L.
- Valencia, Eva. Egas, María (2013, 27, 09). Mayores empresas del Ecuador: *Revista Vistazo*, (1106), pp. 139-166.
- Villacrés, R. (2009). Las medidas económicas en el gobierno de Rafael Correa: evaluación y perspectivas para el futuro. *Revista industrias*, (8). Recuperado de: <http://www.ieep.org.ec>.
- Whitaker, M. (1998). *Políticas Agrarias en el Ecuador*. Quito: Editorial del Ministerio de Agricultura y Ganadería, Programa sectorial agropecuario.
- Zorro, L. (1977). *Las relaciones laborales* (tesis doctoral). Pontificia Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas, Santa Fe de Bogotá, Colombia.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Karen Lucila González Loor, C.I. 1720806288, autora del trabajo de graduación intitulado: “Régimen Jurídico Laboral de los Administradores de las Empresas Públicas en el Ecuador”, previo a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital, una copia del referido trabajo de graduación, para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador, para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 09 de Junio de 2013


Karen Lucila González Loor

C.I. 1720806288

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CEDULA DE CIUDADANIA
172080628-B



APellidos y Nombres
**GONZALEZ LOOR
KAREN LUCILA**

LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA**

FECHA DE NACIMIENTO **1985-06-26**

NACIONALIDAD **ECUATORIANA**

SEXO **F**

ESTADO CIVIL **Casada**
**ANDRES PATRICIO
RIVADENEIRA MONCADA**



INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E444313222

APellidos y Nombres del Padre **GONZALEZ CARLOS MARCELO**

APellidos y Nombres de la Madre **LOOR CARMEN MARLENE**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2011-01-15**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-01-15



DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO

